DAS DIENSTZEUGNIS NACH DEN BESTIMMUNGEN DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS, DES HANDELSGESETZBUCHS UND DER GEWERBEORDNUNG.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT

HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

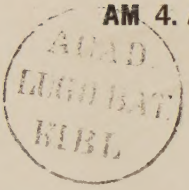
AM 4. AUGUST 1909, NACHMITTAGS 12½ UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

KONRAD PFEIFFER

REFERENDAR

IN HALLE a. S.



OPPONENTEN:

HERR REFERENDAR CARL WIEGERT IN HALLE A. S.

HERR REFERENDAR DR. MARTIN PFEIFFER IN HALLE A. S.

HALLE a. S.

HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & Co.

1909.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Abkürzungen.*)

Bail = Bail, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe. 1904.

Baum = Baum, Handbuch für Gewerbegerichte. 1904.

Bendix = Bendix, Drei Fragen aus dem Dienstzeugnisrecht im Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 28, S. 94 ff.

Bl. f. R.-Pfl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

Cosack = Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I, 4. Aufl.

Dernburg = Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs. Bd. IV, 2, 3. Aufl.

D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg = Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, erläutert. Bd. I, 2. Aufl.

Endemann = Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I, 8, 9. Aufl.

Fischer-Henle = Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzbuch. 6. Aufl.

Fuld = Fuld, Recht der Handlungsgehilfen.

Gew.-Ger. = Das Gewerbegericht (Zeitschrift).

Horrwitz = Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. 2. Aufl.

Landmann = Rohmer = v. Landmann, Gewerbeordnung für das deutsche Reich, unter Mitwirkung von Rohmer. 5. Aufl.

Lehmann-Ring = Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I, 1. Aufl.

*) Die hier nicht genannten benutzten Schriften sind an den betr. Stellen genau zitiert.

Makower = Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. I, 13. Aufl.

M.-F. = Mugdan = Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts.

Örtel = Örtel, Die gesetzlichen Vorschriften über Arbeits- und Dienstzeugnisse in Gewerbeschau 1903, No. 6.

Örtmann = Örtmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.

Planck = Planck, Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. II, 3. Aufl.

Prenner = Prenner, Der gewerbl. Arbeitsvertrag nach deutschem Recht. 1902.

Ritter = Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts. 1900.

Rohrscheidt = Rohrscheidt, Gewerbeordnung für das deutsche Reich, erläutert. 1. Aufl.

Schenkel = Schenkel, Kommentar zur Gewerbeordnung.

Schicker = Schicker, Kommentar zur Gewerbeordnung.

Schlegelberger = Schlegelberger, Das Landarbeiterrecht. Berlin 1907.

Sch.-Sch. = Schulz = Schalhorn, Das Gewerbegericht. 1903.

Sigel = Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. 1903.

Staub = Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I, 8. Aufl.

Staudinger = Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. II, 2. Aufl.

Disposition.

Einleitung 1
Erster Abschnitt: Die Person der Beteiligten und die Form der Ausstellung des Zeugnisses 4
1. Die Person des zum Begehr des Zeugnisses Berechtigten 4
2. Die Person des zur Erteilung des Zeugnisses Verpflichteten 9
3. Die Form der Ausstellung 12
Zweiter Abschnitt: Die Natur des Anspruchs auf Erteilung des Zeugnisses 14
Dritter Abschnitt: Das Verhältnis des Dienstherrn zum Diensttuenden 22
1. Entstehung und Dauer des Anspruchs 22
a) Entstehung des Anspruchs 22
α) bei rechtmässigem Ende des Dienstverhältnisses 22
β) bei unrechtmässigem Ende des Dienstes . 30
b) Dauer des Anspruchs 33
2. Inhalt des Zeugnisses 36
a) Art und Dauer des Dienstverhältnisses . . . 37
b) Leistungen und Führung im Dienst 39
c) Merkmale im Zeugnis 47
d) Sonstiger Inhalt 50
3. Richtigkeit des Inhalts des Zeugnisses 51
4. Spätere Nachträge zu dem bereits ausgestellten Zeugnis? 59
5. Haftung des Dienstherrn gegenüber dem Diensttuenden wegen unzulässigen Inhalts und Unrichtigkeit des Zeugnisses 61
6. Zurückbehaltungsrecht am Zeugnis? 64

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548112_0044

Einleitung.

I. Das frühere bürgerliche Recht, soweit es jetzt auf der Grundlage des BGB. und des neuen HGB. ruht, kannte ein allgemeines Recht auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses nicht. Nur nach lokalem Gewohnheitsrecht, von dem Art. 1 des alten HGB. sprach, war in manchen deutschen Handelsplätzen der Handlungsgehilfe befugt, ein Dienstzeugnis zu fordern, wobei freilich auch lokale Verschiedenheiten sich zeigten.[1]) Im übrigen aber war im gemeinen Recht, in Ermangelung einer speziellen Vorschrift, aus den allgemeinen Bestimmungen über die locatio-conductio eine Pflicht des conductor zur Austellung eines Zeugnisses nicht zu begründen, und ebensowenig liess sich für das Gebiet des alten HGB. ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht nachweisen, aus dem eine solche Pflicht herzuleiten gewesen wäre; auch haben in Streitfällen die Gutachten der Sachverständigen eine dahingehende Handelssitte i. S. v. Art. 279 des alten HGB. nicht angenommen.[2]) Nur die GO.[3]) enthielt in § 113 ein allgemeines Recht auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses.[4]) Diese

1) Eine kurze Zusammenstellung derselben s. bei Horrwitz (erste Auflage) 82 A 1.

2) Vgl. hierzu das den früheren Rechtszustand wiedergebende Urteil des Reichsgerichts vom 3. Dez. 1895 (36, 71).

3) Ebenso die meisten Gesindeordnungen (vgl. z. B. §§ 171, 172 der preussischen Ges.-Ord. von 1810).

4) Die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen, die bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts und teilweise noch weiter bis auf die Zeit der Zünfte zurückreicht, soll hier nicht verfolgt werden. Vgl. dazu den Aufsatz von v. Schulz in Sch-Sch. 7 ff., ferner derselbe in Brauns Archiv 14, 150.

Bestimmung hatte sich, wo sie zur Anwendung kam, sehr bewährt, aber da eine analoge Anwendung derselben auf die der GO. nicht unterstehenden Personen nicht zugelassen wurde,[5]) so blieb ihr Anwendungsgebiet auf den Arbeiter beschränkt und konnte dem allgemeinen bürgerlichen Recht und dem Handelsrecht nicht zu gute kommen. Diesem Rechtszustand hat dann das BGB. ein Ende gemacht: In § 630 dieses Gesetzes findet sich eine nach dem Vorbild von § 113 GO. geschaffene und inhaltlich mit diesem übereinstimmende Vorschrift, die dann ihrerseits wiederum, ebenfalls nur in der Fassung sich unterscheidend, in das neue HGB. (§ 73) übergegangen ist.[6])

II. Diese 3 Paragraphen stehen zu einander in dem Verhältnis, dass zunächst § 630 BGB. als die allgemeinere Vorschrift gegenüber den beiden anderen — spezielleren — insoweit zur Anwendung kommt, als nicht diese letzteren Spezialvorschriften Ausnahmebestimmungen enthalten[7]) (Art. 2, 1 EGHGB. bezw. Art. 32 EGBGB),[8]) dass im übrigen aber die 3 Paragraphen selbständig nebeneinander stehen und für eine derogierende Beeinflussung der älteren Vorschrift durch

---

5) s. das eben citierte Urteil des Reichsgerichts, das die gleichlautende Entscheidung des OLG. Frankfurt a. M. bestehen lässt.

6) Erst der zweite Entwurf des BGB. freilich enthielt unseren jetzigen § 630, wie denn überhaupt der Dienstvertrag im ersten Entwurf eine sozial weniger fortschrittliche Regelung erfahren hatte (s. hierzu A. Menger, Das Bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl. 1904).

7) weshalb der Arbeiter ein schriftliches Zeugnis verlangen kann (§ 630 BGB.), obgleich § 113 GO. nur von einem „Zeugnis“ spricht. Über die weitere Konsequenz, dass sich gemäss § 630 BGB. das Zeugnis auch im Bereiche der GO. und des HGB. nur auf den Dienst erstrecken darf, obwohl dies in § 113 GO. und § 73 HGB. nicht ausgesprochen wird, s. unten, dritter Abschn. 2 b. a. A.

8) s. Planck, Erl. zu Art. 32 EGBGB. No. 2 a. A., wonach das Verhältnis von § 113 GO. und § 630 BGB. „so zu behandeln ist, wie wenn beide Paragraphen in ein und demselben Gesetze enthalten wären“. Vgl. auch Planck Vorb. zu § 611 IV 3.

die jüngere gemäss Art. 2, 2 EGHGB. und Art. 32 S. 1 EGBGB.[9]) kein Raum ist.[10])

III. Die Litteratur und Rechtsprechung, die sich mit der vorliegenden Frage befasst hat, ist nicht eben umfangreich. So enthalten von den Lehrbüchern des BGB. nur Dernburg und Kohler Nennenswertes, während Crome, Enneccerus-Lehmann, Landsberg, Matthiass sich überhaupt nicht äussern. Auch Cosacks und Gareis' Handelsrecht enthält nichts zur Sache. Mehr Material bieten freilich die Kommentare. In der Rechtsprechung haben sich die oberen Gerichte nur vereinzelt mit unserem Thema zu befassen gehabt; ihre Ausführungen bieten indes mehr Stoff, als die in grösserer Anzahl vorliegenden Urteile der Gewerbegerichte. Längere Aufsätze endlich sind nur von Bendix und Brückmann erschienen. Indes behandelt der erstere Autor nur „drei Fragen aus dem Dienstzeugnisrechte",[11]) und Brückmann begnügt sich mit der allerdings umfangreicheren Darstellung der einen Frage des „Rechtes auf ein »richtiges« Dienstzeugnis". Deshalb, und wegen des grossen Anwendungsgebietes des Dienstzeugnisrechtes erscheint es nun nicht unangebracht, eine Darstellung aller einschlägigen Fragen zu versuchen. Aber nur der unmittelbar hierher gehörigen. Demgemäss müssen die hier erst in zweiter Linie, wenn auch ebenso sehr, interessierenden prozessualen Fragen (Zuständigkeit, Beweislast, Zwangsvollstreckung) ausscheiden. Ebenso

---

9) Der Satz 2 des Art. 32 kommt deshalb nicht in Frage, weil es sehr wohl möglich ist, dass § 630 BGB. und § 113 GO. „nebeneinander bestehen können" und dies „der erkennbaren Absicht des BGB. auch nicht widerspricht" (vgl. Planck, Bem. 2 a. A. zu Art. 32 EGBGB.; ebenso Sch-Sch. 154, 155 u. 10).

10) Die Folge hiervon ist beispielsweise, dass das Dienstverhältnis nach § 113 GO. trotz § 630 BGB. kein dauerndes zu sein braucht und dass der „Verpflichtete" des § 630 BGB. trotz § 73 HGB. keine Beglaubigung durch die Ortspolizeibehörde verlangen kann.

11) wobei er freilich in seiner Weise die meisten der einschlägigen und darüber hinaus manche überhaupt zu diesem Thema nicht gehörigen Fragen erörtert.

findet die Haftung des Ausstellers aus einem mangelhaften Zeugnis gegenüber Dritten keine Erörterung. Dass endlich das Lehrlingszeugnis fortbleiben muss, ergibt sich bereits aus dem Titel, weil der Lehrvertrag kein Dienstvertrag ist.

Erster Abschnitt:

Die Person der Beteiligten und die Form der Ausstellung des Zeugnisses.

1. Die Person des zum Begehr des Zeugnisses Berechtigten.

Das Recht auf Ausstellung eines Zeugnisses ist nur in § 630 BGB. an die Voraussetzung eines „dauernden" Dienstverhältnisses geknüpft, während die GO. und das HGB. in den uns hier beschäftigenden Bestimmungen von diesem Erfordernis absehen. Demnach kann jeder unter der GO. stehende „Arbeiter", jeder „Handlungsgehilfe" i. S. d. HGB. und derjenige zur Dienstleistung nach BGB. „Verpflichtete", dessen Dienstverhältnis dauernd war, ein Zeugnis verlangen.[12])

Es ist hierbei für das Gebiet des BGB. von Rümelin[13]) die Frage angeregt worden, ob nicht als weitere Voraussetzung des Zeugnis-Restes nach § 630 BGB. ein Unterordnungsverhältnis[14]) vorhanden sein müsse, weil es sonst keinen

---

12) Die Frage freilich, was ein „dauerndes" Dienstverhältnis ist, kann im Rahmen dieser Arbeit ebensowenig eine Erörterung beanspruchen wie die nach dem Begriff des „Verpflichteten" des Dienstvertrages, oder des „Handlungsgehilfen" oder des „Arbeiters". Es sind dies Fragen, die wir als gelöst betrachten müssen, da dies eine Voraussetzung für die Behandlung des Themas ist, und die deshalb zu demselben in nur mittelbarer Beziehung stehen.

13) Dienstvertrag und Werkvertrag 1905 S. 284.

14) ein solches Unterordnungsverhältnis würde zwar auch eine Voraussetzung für das Zeugnis-Recht bilden und daher aus dem

Sinn habe, wenn der Dienstherr über die Führung des Dienst-tuenden ein Zeugnis ausstellt. Rümelin selbst verneint diese Frage, weil „sich aus der Erwähnung der Führung in § 630 BGB. nicht ableiten liesse, dass ein Zeugnis“ — überhaupt — „nur dann zu verlangen ist, wenn ein solches über die Führung ausgestellt werden kann“, m. a. W., weil sich aus der Erwähnung der Führung nicht ableiten liesse, dass bei Nichtunterordnungsverhältnis ein Zeugnis überhaupt nicht gefordert werden dürfe. Dieser Auffassung ist beizutreten. Aber Rümelins Begründung besagt nichts; vielleicht ist die folgende triftiger. § 630 BGB. spricht vom „Verpflichteten“ schlechtweg. Der Dienstvertrag nach BGB. lässt aber eine „Verpflichtung“ zur Leistung nicht bloss von gewöhnlichen Diensten (operae illiberales) — nur bei solchen kommt wohl vernünftigerweise ein Zeugnis über die Führung in Betracht — sondern auch von Frei-Diensten (operae liberales) zu. Deshalb kann auch der nicht in einem Unterordnungsverhältnis stehende Diensttuende ein Zeugnis fordern. Wenn nun das Zeugnis nur auf Verlangen des Diensttuenden auch auf die Führung erstreckt wird, so ist dies nur die Folge der Anschauung des Gesetzes, dass auch der freie Dienste Verrichtende unter Dienstvertragsrecht steht. Denn auch der Rechtsanwalt oder der Arzt kann u. U. ein Interesse an dem Besitze eines die Art und die Dauer seines Dienstverhältnisses enthaltenden Zeugnisses haben. Dann aber würde er ohne das vom Gesetz ihm gegebene Wahlrecht auf ein solches dann verzichten müssen, wenn eine vertragliche Ausschliessung[15]) der Führungsbescheinigung sich aus irgend welchen Gründen nicht herbeiführen liesse; denn es widerspräche seiner Würde, sich von einem andern seine Führung

---

Rahmen dieser Arbeit fallen (vgl. Anm. 12); es steht aber andererseits zugleich in enger Beziehung zu der hier behandelten Frage nach der Person des zum Begehr des Zeugnisses Berechtigten und wird deshalb aus diesem Grunde in die hier gegebenen Erörterungen eingereiht.

15) die an sich ja möglich wäre.

bescheinigen zu lassen. So hat dieses in § 630 BGB. statuierte Wahlrecht nur die Natur eines Sicherheitsventils, dessen Bedeutung sich übrigens bei Dienstleistungen aller Art, nicht bloss bei freien, zeigt, nicht aber kann es im Sinne Rümelins als Grund dafür angegeben werden, dass ein Unterordnungsverhältnis zur Entstehung des Anspruchs auf ein Dienstzeugnis nicht erforderlich ist. —

Ebenso ist die vollständige oder hauptsächliche Inanspruchnahme des Diensttuenden durch das Dienstverhältnis keine Voraussetzung[16]) des Zeugnisanspruchs, worauf ebenfalls Rümelin[17]) hinweist. Seiner Begründung, dass dies durch den Wortlaut von § 630 BGB. und den Vergleich dieses Paragraphen mit § 617 BGB. bewiesen werde, ist zuzustimmen. Vielleicht liesse sich nur noch hinzufügen, dass eine derartige Einschränkung auch gar nicht wünschenswert wäre. Denn wenn auch das Dienstzeugnis seine Hauptbedeutung bei vollständiger oder hauptsächlicher Inanspruchnahme des Diensttuenden hat, so sind doch Fälle denkbar, wo dies nicht zutrifft und trotzdem das Zeugnis für seinen Inhaber einen grossen Wert haben kann. Denn durchaus nicht immer kommt es für denselben darauf an, dass man aus seinem Zeugnis ersehen kann, wo er „sich aufgehalten und was er getrieben hat", ob er vielleicht während der dem Dienst nicht gewidmeten Zeit „im Gefängnis oder im Irrenhause gewesen ist;[18]) dies kann vermöge der Persönlichkeit des Betreffenden ganz ausser Frage stehen. Manchem wird es vielmehr nur darauf ankommen, durch ein Zeugnis darzutun, dass er gerade bei einem bestimmten, vielleicht sehr hochgestellten, sehr reichen und deshalb besonders anspruchsvollen Dienstherrn längere Zeit — wenn auch mit Unterbrechungen — Dienste getan hat. Man denke vielleicht an den Fall, wo jemand — um Rümelins Beispiel selbst zu verwerten — ein Zeugnis darüber besitzt, dass er einige Jahre hindurch alle

16) vgl. Anm. 14.
17) a. a. O.
18) so Rümelin a. a. O.

2 Wochen einer aus den erwähnten Gründen besonders anspruchsvollen Persönlichkeit eine Klavierstunde erteilt hat. Der Wert dieses Zeugnisses liegt in dem seinem Inhaber bezeugten langjährigen Vertrauen gerade von seiten dieser Persönlichkeit, und dieses Zeugnis hat sicher eine grössere Bedeutung als das eines Klavierlehrers, der tagtäglich Hinz und Kunz im Klavierspiel unterrichtet hat.

Ist also im Gebiet des BGB. ein Unterordnungsverhältnis und die vollständige Inanspruchnahme des Diensttuenden nicht erforderlich, um den Anspruch auf ein Zeugnis zur Entstehung zu bringen, wohl aber ein dauerndes Dienstverhältnis, so verhält sich dies beim Handlungsgehilfen und Arbeiter gerade umgekehrt. Ohne hier auf Begriffsbestimmungen einzugehen, ist es ohne weiteres klar, dass sowohl der Handlungsgehilfe seinem Prinzipal, als auch der Arbeiter seinem Arbeitgeber untergeben ist und dass das Dienstverhältnis beide vollständig in Anspruch nimmt. Aber weder der Handlungsgehilfe noch der Arbeiter braucht in einem dauernden Dienstverhältnis gestanden zu haben, um ein Recht auf ein Zeugnis zu haben. Demgemäss kann auch der nur auf Probe[19]) oder nur zu vorübergehender Aushilfe[20]) angestellte Handlungsgehilfe ein Zeugnis verlangen: § 73 HGB. stellt eben das Erfordernis eines dauernden Dienstverhältnisses nicht auf, und da diese Vorschrift in Anlehnung an den § 630 BGB., mit dem sie im übrigen fast wörtlich übereinstimmt, entstanden ist, so ist ersichtlich, dass die Weglassung des Wortes „dauernd“ geflissentlich erfolgte und einem abweichenden Rechtszustande Ausdruck verleihen sollte. Ganz dasselbe gilt für die GO. Auch nach ihr ist ein dauerndes Dienstverhältnis nicht erforderlich. Es hätte vielmehr der die Änderungen der GO. feststellende Art. 36 EGBGB. dieses Erfordernis neu aufstellen müssen.[21])

---

19) s. hierzu Staub 4 zu § 66 und 3 zu § 67 (Mitte).

20) i. S. v. § 69 HGB.

21) Übereinstimmend Staub 1 zu § 73; Fuld 57; Bail 234; Lehmann-Ring 1 a. A. zu § 73.

Die weiter in Verfolg dieser Feststellung auftauchende Frage, ob bei einem von vornherein zwar auf längere Dauer berechneten, dann aber aus irgend einem Grunde, z. B. wegen vorzeitiger Entlassung, sofortiger Kündigung, alsbald wieder endigenden Dienstverhältnis der Handlungsgehilfe und der Arbeiter ein Zeugnis fordern kann, gehört nicht zu der hier behandelten Feststellung der Persönlichkeit des Zeugnisberechtigten, und wird deshalb an anderer Stelle[22]) erörtert werden.

Noch einer Frage sei gedacht. Kann auch der minderjährige Diensttuende[23]) das Recht auf Erteilung des Zeugnisses geltend machen?[24]) Der Bejahung steht kein Zweifel entgegen: Nach § 113 BGB., der hier in Frage kommt,[25]) ist der Minderjährige auch für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Um die Erfüllung einer solchen Verpflichtung (des Dienstherrn — auch dessen Verpflichtungen schliesst § 113 in sich ein —) handelt es sich hier. — Noch weiter ist hier folgendes zu bemerken. § 113 GO. enthält in Abs. 4 die Bestimmung, dass bei Minderjährigkeit des Arbeiters das Zeugnis von dem gesetzlichen Vertreter gefordert werden und dieser verlangen kann, dass das Zeugnis an ihn, nicht an den Minderjährigen, ausgehändigt werde. Diese Bestimmung muss als eine nur im Bereiche der Gewerbeord-

---

22) bei der Entstehung des Anspruchs aufs Zeugnis. (Dritter Abschnitt 1 a.)

23) Wir verstehen fortan unter dem „Diensttuenden“ zusammenfassend den „Dienstverpflichteten“, den „Handlungsgehilfen“ und den „Arbeiter“. — Ebenso wird unter dem „Dienstherrn“ der „Dienstberechtigte“, der „Prinzipal“ und der „Arbeitgeber“ begriffen. Ferner ist „Dienstverhältnis“ im weitesten Sinne, also auch das Arbeitsverhältnis mitumfassend, zu nehmen.

24) dass er es verlangen kann, ist sicher!

25) Der Fall des § 107 das. ist deshalb nicht gegeben, weil derjenige, dem das Zeugnis ausgestellt ist, zwar damit einen rechtlichen Vorteil erhalten, aber zugleich den Anspruch auf Erteilung des Zeugnisses verloren hat (vgl. Planck 1 zu § 107 und Staudinger 3 zu § 107).

nung gültige Sonderbestimmung bezeichnet werden.[26]) Denn für das BGB. und das HGB. gilt dies nicht. Vielmehr „verliert der gesetzliche Vertreter", sobald einmal die Voraussetzungen des § 113 BGB.[27]) erfüllt sind, für den betreffenden Geschäftskreis „die Befugnis, den Minderjährigen zu vertreten".[28])[29])

2. Die Person des zur Erteilung des Zeugnisses Verpflichteten.

Der Wortlaut der uns beschäftigenden Bestimmungen lässt über diese Frage keinen Zweifel. § 113 GO. bestimmt in Abs. 3 als den zur Erteilung des Zeugnisses Verpflichteten den „Arbeitgeber", und § 630 den „andern Teil", d. h. den Dienstberechtigten; § 73 HGB. bezeichnet die Person des Ausstellers mit einem direkten Wort zwar nicht, der Zusammenhang des Paragraphen lässt aber gar keinen andern als den Prinzipal in Frage kommen. Somit ist es überall der Dienstherr, der zur Erteilung des Zeugnisses verpflichtet ist.

Nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt zur Erteilung des Zeugnisses ist im Gebiete des HGB. nach § 49 daselbst der Prokurist.[30]) Diese Vorschrift nämlich „ermächtigt" den Prokuristen zu allen Arten von gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Eine solche

---

26) Vgl. z. B. Örtel S. 83.

27) Anders stünde es allerdings im Falle des § 107 BGB.; hier wäre jene in der GO. ausdrücklich hervorgehobene Befugnis des gesetzlichen Vertreters bereits in der elterlichen Gewalt enthalten (Vgl. Staudinger VI a. A. zu § 1610 und Mot. 1086).

28) Staudinger 5 zu § 112, ebenso Planck 1 zu § 112. A. A. Hölder 1 zu § 112.

29) Über Einzelfragen s. übrigens Schicker 8 und 9 zu § 113, dessen Ausführungen beizutreten ist.

30) worauf das OLG. Hamburg in einer Entscheidung vom 11. X. 01 (MF. 3, 410) hinweist. A. M. Horrwitz 104 mit unzureichenden Gründen.

Rechtshandlung aber ist die Erteilung des Zeugnisses. Ist demnach der Prokurist, der vom Diensttuenden um Erteilung des Zeugnisses ersucht wird, hierzu auch bereit,[31]) so haben wir die Besonderheit, dass das HGB. zwei zur Zeugnis-Erteilung Verpflichtete kennt. Und zwar ist die Verpflichtung des Prokuristen unter der genannten Voraussetzung eine von vornherein gegebene, nicht etwa wird sie nur praktisch, wenn die des Prinzipals aus irgend einem Grunde erloschen ist.[32]) Das Verhältnis von Prinzipal und Prokurist gestaltet sich sehr einfach: Der Prinzipal ist gemäss § 73 HGB. zur Ausstellung des Zeugnisses gehalten. Den Prokuristen verpflichtet hierzu seine Bereitschaftserklärung, die er auf Grund der ihm nach § 49 daselbst zustehenden Befugnis abgegeben hat. Prinzipal und Prokurist stehen demgemäss in dem Verhältnis der „unechten Solidarität".[33]) Wird das Zeugnis von dem einen gefordert und von ihm erteilt, so ist die Verpflichtung des andern erloschen.

Die Frage, ob ausser diesen Personen, also dem Arbeitgeber, dem Dienstberechtigten, dem Prinzipal und Prokurist noch irgend eine andere Person zur Erteilung des Zeugnisses verpflichtet ist, was besonders dann praktisch werden würde, wenn den Genannten aus irgend einem Grunde die Ausstellung des Zeugnisses unmöglich[34]) ist, muss in verneinendem Sinne

---

31) wozu er vom Prinzipal u. U., insbesondere, wenn diesem die Ausstellung unmöglich ist (s. u. im Text und Anm. 34), anzuhalten ist. Der Prokurist ist also zur Ausstellung des Zeugnisses nur in seinem Verhältnis zum Prinzipal verpflichtet; den Diensttuenden gegenüber ist er niemals dazu verpflichtet, vielmehr eben, gemäss § 49 HGB., nur berechtigt.

32) Diesen Fehler macht Makower 2a und anscheinend („zumal") Staub 2a zu § 73.

33) vergl. Örtmann, Vorbem. zu § 420 No. 5c.

34) Diese Unmöglichkeit der Leistung selbst ist eine ganz andere Frage, denn sie setzt die Person des zur Zeugnis-Erteilung Verpflichteten bereits voraus. Sie gehört deshalb nicht hierher. Es ist ihr aber im Rahmen dieser Arbeit überhaupt nicht nachzugehen, da sie — ebenso wie der Verzug — eine nur allgemeine

beantwortet werden. Die herrschende Meinung[35]) will freilich insbesondere dem „selbständigen Leiter der Tätigkeit“ des Diensttuenden die Pflicht auferlegen, im Falle der Behinderung des Dienstherrn das Zeugnis auszustellen. Dies ist indes irrig. Denn der hiernach zu Belastende steht zu dem Diensttuenden in gar keinem Rechtsverhältnis, es würde also jeder Rechtsgrund für seine Verpflichtung fehlen.[36]) Natürlich steht aber nichts entgegen, dass dieser „selbständige Leiter“ vermöge des tatsächlichen Verhältnisses, in dem er zu dem Diensttuenden gestanden, diesem eine Bescheinigung mit dem wesentlichen Inhalte eines „Zeugnisses“ ausstellt. Aber der Diensttuende hat niemals ein Recht hierauf und, was die Hauptsache ist, eine solche Bescheinigung wäre niemals ein „Zeugnis“ und müsste sich auch, u. U. zur Vermeidung wenigstens des objektiven Tatbestandes eines Betruges, erkennbar von einem solchen unterscheiden.

Noch bleibt die merkwürdigerweise nirgends berührte Frage zu erörtern, ob im Falle des Todes des Dienstherrn dessen Erbe zur Erteilung des Zeugnisses verpflichtet ist. Da der Tod des Dienstherrn nach allgemeiner Meinung das Dienstverhältnis nicht unbedingt auflöst, dies vielmehr „Tatfrage“ ist,[37]) so hört das Dienstverhältnis entweder sofort auf, oder aber es setzt sich mit dem Erben des Dienst-

---

Bedeutung hat, wiewohl sich in ihrer Beantwortung einzelne Besonderheiten zeigen dürften (vgl. Anm. 152).

35) so, allerdings ohne Begründung, bes. Landmann-Rohmer 1 a. a. E. zu § 113; Bail 235; Örtel 84 und Planck 3 zu § 630, der in irreführender Weise das schon oben erwähnte Urteil des OLG. Hamburg (MF. 3, 410) als zustimmend zitiert. Dieses Urteil aber behandelt die bereits oben erörterte Frage, ob der Prokurist — von vornherein! — zur Zeugniserteilung befugt ist, während es nach dem Planckschen Zitat den Anschein hat, als ob das Urteil die letzte hier behandelte Frage bestätigte, d. h. der Prokurist nur dann zur Erteilung befugt wäre, wenn der Prinzipal verhindert ist. Die anderen Autoren schweigen.

36) Dass dies entscheidend ist, darüber s. im zweiten Abschn. unter II.

37) Vgl. Planck 3 zu § 613, Staudinger 2 a zu § 613 u. a.

herrn fort. Im ersteren Falle wird die gestellte Frage sofort praktisch („bei Beendigung", „beim Abgang"), im zweiten schiebt sich ihre Beantwortung nur hinaus, bis das Dienstverhältnis auch mit dem Erben sein Ende gefunden hat. In beiden Fällen aber wird der Erbe in der Regel zur Feststellung der Art und Dauer des Dienstverhältnisses imstande sein, weshalb er verpflichtet ist, ein Zeugnis dieses Inhalts zu erteilen;[38]) dasselbe aber auf Leistungen und Führung auszudehnen, wird von ihm für die Zeit des mit dem Erblasser geschlossenen Vertrages nicht gefordert werden können, da es sich insoweit um eine höchstpersönliche Verpflichtung desselben gehandelt hatte.

Ebenso ist die Rechtslage, wenn das Geschäft veräussert wird,[39]) wie ja auch sonst (vgl. §§ 25 und 27 HGB.) Tod und Veräusserung des Geschäfts einander gleichgestellt sind.

3. Die Form der Ausstellung.

Das Zeugnis ist eine schriftliche Privaturkunde. Dieses Erfordernis der Schriftlichkeit ist im § 630 BGB. und 73 HGB. besonders erwähnt, es ist aber auch für § 113 GO. vorhanden.[40]) Die Ausstellung erfolgt nach § 126 BGB., womit die Verwendung von Namens- oder Firmenstempeln ausgeschlossen ist.[41])

Das Zeugnis des Handlungsgehilfen und des Arbeiters muss auf Antrag desselben von der Ortspolizeibehörde kosten- und stempelfrei beglaubigt werden, während § 630 BGB.

---

38) Dabei kann hier, was später zu erwägen sein wird, ganz dahingestellt bleiben, ob die Zeugnispflicht mit den eigentlichen Pflichten des Dienstvertrages überhaupt etwas zu tun hat; denn jedenfalls ist dieselbe Gegenstand eines vermögensrechtlichen Anspruchs, dem begrifflich die Fähigkeit, auf den Erben überzugehen, innewohnt (s. zu diesen Fragen im zweiten Abschn. unter II u. III).

39) Übereinstimmend Horrwitz 107 als einziger aller sich mit dem Thema beschäftigenden Autoren.

40) s. oben Anm. 7.

41) unbestritten.

diese Vergünstigung nicht gewährt. Deshalb steht es hier im Belieben des Dienstherrn, sich auf eine öffentliche Beglaubigung einzulassen, und geschieht dies, so hat der Dienstuende die hierdurch entstehenden Kosten zu tragen.[42]) — Soweit eine öffentliche Beglaubigung aber stattfindet, hat sie sich überall nur auf die Echtheit der Unterschrift, nicht auf den Inhalt des Zeugnisses zu beziehen. Dies folgt daraus, dass das BGB. überhaupt nur die Unterschriftsbeglaubigung kennt (§ 129 BGB., vergl. auch § 183 FGG.), und ist denn auch unbestritten.[43]) Einige Autoren nun, die ausdrücklich die Beglaubigung hinsichtlich des Inhalts für unzulässig erklären, geben trotzdem der beglaubigenden Behörde das Recht, die Beglaubigung zu verweigern, wenn ihr die Unrichtigkeit des Zeugnisses bekannt ist.[44]) Diese Auffassung ist als durchaus irrtümlich zurückzuweisen. Denn auf diese Weise wäre ja doch wieder ein Recht und weil hier ein Recht ohne Pflicht unmöglich wäre, sogar eine Pflicht der Behörde, den Inhalt des Zeugnisses zu prüfen, statuiert, während die Beglaubigung sich doch nur auf die Unterschrift beziehen darf. Oder hat es einen vernünftigen Sinn zu sagen, dass die Behörde den Inhalt des Zeugnisses zwar zu prüfen, die Beglaubigung aber „äusserlich so zu fassen habe, dass sie nur als Beurkundung über die Echtheit der Unterschrift erscheint"?[45]) Wir meinen vielmehr, dass der Behörde ein solches Zurückweisungsrecht wegen Unrichtigkeit des Inhalts, ganz abgesehen davon, dass die Behörde gar nicht in der Lage ist, die Richtigkeit des Zeugnisses mit einiger Sicherheit zu prüfen, nicht zusteht, eben weil sich ihre Beglaubigung

---

42) Übereinstimmend Planck 5, Staudinger 5, Örtmann 3 zu § 630; überhaupt unbestritten.

43) Freilich hatte nach Vorgang der preuss. Gew.-Ord. von 1845 noch die Reichs-Gew.-Ord. bis zur Novelle von 1878 eine Beglaubigung auch hinsichtlich des Inhalts vorgesehen, indem eine Beglaubigung nur vorgenommen wurde, „wenn gegen den Inhalt sich nichts zu erinnern fand".

44) so Schenkel 3, Schicker 2, Landmann 2 zu § 114.

45) so Schenkel a. a. O.

nicht auf den Inhalt beziehen darf und sie deshalb von dem Inhalt gar nicht Kenntnis zu nehmen hat; und kennt sie die Unrichtigkeit des Inhalts — vielleicht zufällig — doch, so kann dadurch sich nichts ändern, zumal ja durch Beglaubigung der Unterschrift eine Verantwortung für den unrichtigen Inhalt nicht übernommen wird.

Zweiter Abschnitt:

Die Natur des Anspruchs auf Erteilung des Zeugnisses.

I. Das Gesetz gibt in den uns beschäftigenden Bestimmungen dem Diensttuenden einen „Anspruch“ i. S. v. § 194 BGB., nämlich das Recht, vom Dienstherrn die Erteilung eines Zeugnisses zu verlangen. Der Anspruch beruht[46]) auf einem unter den Beteiligten bestehenden Schuldverhältnis i. S. v. § 241 BGB.:[47]) Der Diensttuende ist der Gläubiger und als solcher berechtigt, vom Schuldner, d. i. dem Dienstherrn, die Erteilung des Zeugnisses als Leistung zu fordern.

II. Die Natur dieses Anspruchs selbst bestimmt sich nun in erster Linie durch den Rechtsgrund, auf dem der Anspruch steht. Dieser Rechtsgrund ist der Vertrag.[48]) Der Anpruch auf Zeugniserteilung ist also ein kontraktlicher Anspruch. Dies ist nicht unbestritten, vielmehr hat man gemeint, ihn als einen ausserkontraktlichen bezeichnen

46) Ein näheres Eingehen auf das Verhältnis von Anspruch und Schuldverhältnis erscheint an dieser Stelle nicht angebracht. Vgl. bes. Örtmann Vorbem. 3c zu § 241 und Planck Vorbem. II zu § 241.

47) Die Streitfrage, ob zum Wesen des Schuldverhältnisses ein Vermögenswert gehört oder nicht, kann hier unerörtert bleiben, da der Anspruch auf Zeugniserteilung jedenfalls vermögensrechtlich ist, wie im Text weiter unten zu zeigen ist.

48) vgl. hier Lotmar, der Arbeitsvertrag, Bd. I S. 244.

zu müssen. Nun könnte man ja dieser letzteren Anschauung deshalb beizupflichten geneigt sein, weil die Zeugnispflicht nicht zum Inhalt[49]) des Vertrages zu gehören braucht, um doch wirksam zu sein. Diese Argumentation aber wäre unrichtig. Denn wir müssen auch diejenigen Rechtsfolgen, die nicht zum Inhalt des Vertrages gehören, d. h. im Vertrage vereinbart worden sind, doch als kontraktliche Rechtsfolgen bezeichnen. Aber warum dies? Ist nicht vielmehr die Tatsache, dass es Dienstverträge ohne Zeugnisanspruch gibt, entscheidend dafür, dass dieser Anspruch ein ausserkontraktlicher ist? Diese Frage ist verneinend zu beantworten deshalb, weil es keinen Zeugnisanspruch ohne Dienstvertrag gibt, woraus sich dann zur Evidenz ergibt, dass der Zeugnisanspruch auf dem Dienstvertrage beruht, also ein kontraktlicher Anspruch ist, auch wenn er nicht zum Inhalt des Vertrages gehört. Aber warum entscheidet hier die Tatsache, dass es keinen Zeugnisanspruch ohne Dienstvertrag gibt, und nicht vielmehr die andere, dass es doch Dienstverträge ohne Zeugnisanspruch gibt? Diese Frage hat denselben Wert wie die, ob es für denjenigen, der feststellen will, ob die Rose eine Blume ist, nötig ist zu fragen, ob es Blumen gibt, die nicht Rosen sind, oder zu fragen, ob wir Rosen hätten, ohne dass es Blumen gäbe. Denn wenn wir wissen, dass hier die zweite Frage entscheidet, so müssen wir auch den Zeugnisanspruch als zum Dienstvertrag gehörig, als auf ihm beruhend, erachten deshalb, weil er ohne einen solchen nicht vorhanden sein kann, das heisst aber nichts anderes, als dass, wie wir eingangs sagten, der Vertrag den „Rechtsgrund" bildet. Hierbei darf nicht stören, dass „noch eine andere Tatsache zum Vertrag hinzukommen muss" (nämlich dessen Beendigung), „um den Rechtsgrund erst zu einem zureichenden, oder um die Rechtsfolge fällig zu machen",[50])

49) Zum Wesen des Vertrages (zu dessen Essentialien) gehört sie natürlich nicht, weil sie — was selbstverständlich — zur Schaffung des Vertragstypus: Dienstvertrag nicht wesentlich ist.

50) Lotmar a. a. O.

denn es war jedenfalls der Rechtsgrund selbst schon vorher vorhanden.[51]) — Die Richtigkeit dieser Auffassung wird dadurch bestätigt, dass es doch keinen Unterschied machen kann, ob die Zeugnispflicht im Vertrage besonders bedungen worden ist und deshalb vorhanden ist, oder ob sie ohne solche Abrede, lediglich auf Grund des Gesetzes, besteht. Es würde andernfalls z. B. die Zuständigkeit bald der Gewerbegerichte, bald der ordentlichen Gerichte begründet sein, weil es sich nur im ersteren Falle um einen Anspruch aus dem Dienstverhältnis handeln würde (vgl. § 3 No. 2 Gew.-Gerichts-Gesetz).[52])

III. Der Anspruch auf Zeugniserteilung ist sodann ein vermögensrechtlicher. Zwar wendet er sich nicht gegen das Vermögen des Verpflichteten, sondern trifft dasselbe nur eventuell, vermöge der ihm innewohnenden Fähigkeit, u. U. Schadensersatzansprüche zu erzeugen; indessen dient er, indem er das Fortkommen des Diensttuenden, der ja im Regelfall der wirtschaftlich Schwächere ist, fördern soll, wirtschaftlichen Zwecken. Das aber ist das Entscheidende. Denn trotz mangelnder Legaldefinition des Begriffs des „vermögensrechtlichen" Anspruchs muss man doch mit Stein[53]) als vermögensrechtlich jeden Anspruch bezeichnen, der „aus einem Rechte abgeleitet wird, das um der Verteilung der wirtschaft-

51) Analogie: der Anspruch wegen Verletzung einer Vertragspflicht ist ein Anspruch aus dem Vertrage, nicht aus unerlaubter Handlung.

52) Ebenso: bes. Lotmar a. a. O., ferner Staudinger 2 zu § 630 („Ausfluss"); LG. Berlin, in Bezug genommen in Gew.-Ger. IV No. 6 Sp. 66; Örtel 84; und besonders Cuno in Gew.-Ger. IV No. 6 Sp. 65 ff., der der gegenteiligen Auffassung — freilich ohne juristische Construktion — „Verkennung des Wesens des Arbeitsvertrages" vorwirft. — Dagegen: Bendix 118, 119 und 123, 123; Sch-Sch. 148; Gew.-Ger. Berlin in Soz. Praxis 8. Jahrg. No. 16 Sp. 428, mit der Begründung, dass der Anspruch mit dem Dienstvertrag deshalb nichts zu tun habe, weil die Pflicht zur Zeugnis-Erteilung „im Gesetz selbst ihre Rechtsgrundlage hat" und ihrer Natur nach erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu erfüllen ist.

53) Kommentar zur CPO., 6. u 7. Aufl. Bem. II, 1 zu § 1 a. A.

lichen Werte willen geschaffen ist, gleichviel ob sich der Anspruch selbst gegen die Person oder gegen das Vermögen wendet, durch Handlungen des Schuldners oder aus seinem Vermögen zu erfüllen ist.[54])[55])

IV. Weiter frägt es sich, ob der Anspruch auf Zeugniserteilung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ist. Die letztere Möglichkeit hat nur in Staub[56]) einen Vertreter gefunden, während die andern hierzu sich äussernden Autoren den Anspruch für einen privatrechtlichen erklären. Dieser Auffassung ist zweifelsohne beizutreten. Freilich steht der Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bekanntlich nicht fest, aber man wird selbst vom Standpunkte der besonders von Dernburg und Endemann vertretenen Anschauung, die in dem vorherrschenden Zweck einer Vorschrift das Kriterium für diese Frage findet, unsern Anspruch als privatrechtlich bezeichnen müssen, während ein Zweifel überhaupt nicht auftreten kann, wenn man der von Biermann[57]) aufgestellten These beipflichtet, der u. E. am meisten Beifall gebührt, und nach der „auf den Inhalt der Rechtssätze das Gewicht zu legen“ und demgemäss öffentliches Recht nur dasjenige ist, „welches Verhältnisse regelt, an welchen der Staat beteiligt ist, und zwar als Staat“.[58]) Nach dieser Definition ist der Anspruch auf Zeugniserteilung als privatrechtlich zu erachten.

---

54) Im Ergebnis übereinstimmend RG. (27. V. 1902) in DJZ. 1902. S. 384.

55) Über die Zulässigkeit der Revision im Falle eines Rechtsstreites entscheidet also § 546 CPO. Auch wegen § 40 CPO. von Bedeutung.

56) Bem. 5 zu § 73. Ebenso übrigens LG. I Berlin (28. X. 1904) in Bl. f. R. Pfl. 1905, 33.

57) Lehrb. des BGB. Bd. I S. 40.

58) Ähnlich auch Crome, Lehrb. des BGB. S. 74: „Öffentliches Recht liegt vor, wenn das geregelte Verhältnis zum Lebenskreise des Gesamtwesens (Staat, Gemeinde) gehört, Privatrecht, wenn der einzelne in dem Verhältnis um seiner selbst willen mit andern steht.“

Hieran ändert sich nichts dadurch, dass der Anspruch auf Zeugniserteilung nicht nur mit Rücksicht auf die ausgleichende Gerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien, sondern auch mit Rücksicht auf das Gemeinwohl[59]) geschaffen worden ist; denn diese öffentlich-rechtliche Begründung[60]) kann dem an sich privatrechtlichen Anspruch diesen Charakter nicht benehmen.[61]) Dass solche öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte überhaupt gegeben sind, erhellt daraus, dass der Diensttuende in vielen, ja in den meisten Fällen auf seine Zeugnisse, die besonders im Gebiete der GO. die eigentlichen „Papiere" des Arbeiters bilden, angewiesen ist, wenn er eine neue Stellung finden will, und dass die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, dass die diensttuenden Klassen möglichst niemals arbeitslos sind.

Vom Standpunkt dieser Auffassung aus wird man die Bestimmungen, die den Zeugnisanspruch enthalten, für zwingend zu erachten haben, wiewohl auch dies nicht unbestritten geblieben ist.[62]) Denn man müsste dem Gesetzgeber Inkonsequenz vorwerfen, wenn er mit der einen Hand die auch aus sozialen Gründen geschaffene Vorschrift selbst geben, mit der andern aber zugleich die Möglichkeit gewähren wollte, sie durch Vereinbarungen ausser Kraft zu setzen. Freilich gibt es sehr wohl solche Vorschriften, die dennoch verzichtbar sind. Dann aber liegt dies nur daran, dass die Möglichkeit überwiegenden gegenteiligen Privatinteresses der beiden Be-

59) Dies kann im Dienstvertrag, als dem „Eckpfeiler des modernen sozialen Lebens" (Örtmann), als nichts auffallendes erscheinen.

60) Ebenso, nur irreführend von einem „öffentlich-rechtlichen Charakter" des Zeugnisanspruchs redend: u. a. Planck 1 zu § 630; Makower 2d zu § 73; Horrwitz 109; Fuld 55, Kommissionsbericht für das HGB (225) 313. A. M. Landmann-Rohmer 1 a. E. zu § 113.

61) Vgl. hier z. B. das bekannte Kündigungsrecht des Mieters gemäss § 544 BGB., welches ganz ebenso eine öffentlich-rechtliche Begründung hat und doch an sich privatrechtlich ist.

62) LG. I Berlin a. a. O. (für unsern Fall mit unzureichenden Gründen, wiewohl an sich richtig).

teiligten gegeben ist; deshalb fällt dem Gesetzgeber in solchen Fällen eine Inkonsequenz nicht zur Last. Dieses Moment scheidet aber hier aus. Man wird also von den hier interessierenden Rechtssätzen als von Sätzen zwingender Natur zu sprechen haben. Und das, trotzdem § 619 BGB.,[63]) der einzige für den Dienstvertrag nach dieser Richtung hin in Betracht kommende Paragraph, nur auf §§ 617, 618 BGB. Bezug nimmt.[64]) — Ist nun aber dieser § 619 auch auf § 630 BGB. nicht für anwendbar erklärt, so werden wir ihn doch, nachdem wir dieselbe Wirkung, die dies gehabt hätte, nämlich zwingende Natur der §§ 630 BGB., 73 HGB., 113 GO., auf andere Weise festgestellt haben, für die folgende Frage dürfen entscheidend sein lassen.

Nach § 619 BGB. können die dort bezeichneten Verpflichtungen des Dienstherrn nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden. Die Worte „im voraus“ haben hier dieselbe Bedeutung wie der Ausdruck „für die Zukunft“ in § 1614, 1 BGB.,[65]) sie beziehen sich also auf die ganze Zeit der Dauer des Dienstverhältnisses, nicht etwa nur auf die Zeit vor Beginn desselben.[66]) Daraus ergibt sich aber auch andererseits, dass, sobald die in den §§ 617, 618 gegebenen Ansprüche wirklich entstanden sind, ein rechtsgültiges Paktieren über sie möglich ist; denn dann handelt es sich nicht mehr um eine „Aufhebung oder Beschränkung »im voraus«“.[67]) Weil nun der § 619 der einzige im Dienst-

---

63) Lotmar, Arbeitsvertrag, II. Bd. S. 228 oben, gibt dem § 630 BGB. ebenfalls zwingenden Charakter: Das Schweigen des § 619 über § 630 könne die Abdingbarkeit des letzteren nicht begründen; solche Argumentation wäre „nichts weniger als beweiskräftig“.

64) § 619 würde dann, entsprechend unseren Ausführungen im Eingang der Arbeit, auch auf § 113 GO. eingewirkt haben. Für den § 73 HGB. spielt der Abs. 4 des § 62 das. die Rolle des § 619 BGB.; die auf diesen letzteren sich beziehende folgende Beweisführung gilt daher auch für § 62 HGB.

65) s. Schultzenstein im Arch. f. Bürgerl. Recht 23, 312.

66) unbestritten.

67) ebenfalls unangefochten.

vertrag ist, der einige Rechtssätze dieses letzteren mit zwingender Natur ausstattet, und weil auch für den § 630 diese zwingende Natur feststeht, so dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, dass auch für den § 630[68]) die Regel des § 619 gilt, dass nämlich ein Verzicht auf das Zeugnis, wenn zwar überhaupt, so doch nicht im voraus geschehen kann, und, unter einem andern Gesichtswinkel betrachtet, zwar nicht im voraus, aber doch überhaupt möglich ist.[69])[70])

V. Man hat dem Anspruch aufs Dienstzeugnis die Natur der Quittung[71]) beigelegt. Ausgegangen ist man hierbei offenbar von dem an sich richtigen Gedanken, dass das Zeugnis, ebenso wie die Quittung, eine Aussage über die Leistung des Schuldners enthält. Aber die Übereinstimmung in diesem einen Punkte könnte nur dann jene Ansicht als richtig beweisen, wenn in dieser Aussage Zweck, Inhalt und Wirkung des Zeugnisses sowohl, als der Quittung erschöpft wäre, oder aber Zeugnis und Quittung in allen andern Vergleichspunkten bereits miteinander übereinstimmten. Keine dieser beiden Möglichkeiten trifft zu, insbesondere ist, abgesehen von jener „Aussage", Zweck, Inhalt und Wirkung von Zeugnis und Quittung ganz verschieden. Das Zeugnis bezweckt das bessere Fortkommen seines Inhabers; bei der Quittung ist hiervon keine Rede, hingegen bezweckt diese, was wiederum beim Zeugnis wegfällt, die Führung eines Beweises über die Be-

68) und damit auch für den § 113 GO. Wegen des § 73 HGB. vgl. Anm. 64.

69) Die Konsequenzen, welche sich in Verfolg der aus diesem letzteren Gesichtswinkel geschehenden Auffassung ergeben, gehören an andere Stelle, nämlich zu der im folgenden Abschnitt erörterten Dauer des Zeugnisanspruchs.

70) Im Ergebnis, aber ohne Gründe, übereinstimmend: Lehmann-Ring 3; Makower II d zu § 73; Staudinger 6 zu § 630; Dernburg 456 Anm. 12. — Planck 1; Örtmann 6 zu § 630 und Lehmann in Zeitschrift für Handelsrecht 48, 34 sprechen nur von der zwingenden Natur, nicht aber von einem Verzicht. — Staub 5 und Düringer-Hachenburg II zu § 73 endlich leugnen die Verzichtmöglichkeit, freilich nur bezüglich des § 62 (Bem. 14 zu § 62).

71) Örtmann 3 zu § 630 und ihm folgend Bendix 102, 103.

wirkung einer Leistung. Das Zeugnis enthält ausser jener (tatsächlichen) Aussage über die Leistung des Schuldners noch ein beurteilendes[72]) Moment, welches der Quittung, als die sich in dieser (tatsächlichen) Aussage erschöpft, ihrer Natur nach ganz abgeht. Das Zeugnis bewirkt ein besseres oder schlechteres Fortkommen seines Inhabers, durch die Quittung führt man einen Beweis.[73]) — So kann man sich denn — und das ist entscheidend — über geleistete Dienste sowohl ein Zeugnis als auch eine Quittung geben lassen. Ferner kann der, welcher ein Zeugnis erteilt hat, hierüber eine Quittung verlangen, was wohl nicht gut möglich wäre, wenn das Zeugnis selber die Natur einer Quittung hätte, da man sich über eine Leistung, die selbst Quittungsnatur besitzt, nicht — nochmals — quittieren lassen kann. Diese Ablehnung der Quittungsnatur braucht nicht zu stören: Es braucht ja nicht alles mit einem bekannten Masse gemessen zu werden.

---

72) selbst wenn es nur von Art und Dauer des Dienstverhältnisses spricht, denn auch hierdurch wird der Inhaber charakterisiert, da es nicht gleichgültig ist, in was für einer Stellung und wie lange jemand gearbeitet hat.

73) Auch das Zeugnis kann man zwar zu einem Beweis verwerten, nämlich dass man eine gewisse Zeit lang in einer gewissen Stellung gearbeitet hat u. s. w., aber dieser Beweis ist nur das Mittel zu dem eigentlichen Zweck des Zeugnisses, dem Fortkommen des Inhabers zu dienen, und wird ausserdem einem Dritten, dem neuen Dienstherrn, gegenüber geführt. Die Quittung aber hat als eigentlichen Zweck nur einen Beweis, und zwar der andern Vertragspartei gegenüber.

Dritter Abschnitt:

Das Verhältnis des Dienstherrn zum Diensttuenden.

1. Entstehung und Dauer des Anspruchs.

a) Entstehung des Anspruchs.

Die Frage nach der Entstehung des Anspruchs aufs Dienstzeugnis, wiewohl bei weitem nicht die wichtigste, hat in der Litteratur die grösste Beachtung aller zum vorliegenden Thema gehörenden Fragen gefunden. Bei keiner wie bei dieser, trennen sich die Meinungen so scharf voneinander, und nirgends so wie hier werden allenthalben dieselben Gründe für und wider geltend gemacht: Der Wortlaut des Gesetzes auf der einen, die Entstehungsgeschichte und der Zweck auf der andern Seite.

Doch bevor wir zur näheren Ausführung schreiten, sind zwei in der Litteratur vorherrschende Unklarheiten abzuwehren. Die hier zur Erörterung stehende Frage wird zunächst nicht genügend von der weiter unten[74]) zu behandelnden geschieden, die sich mit der Dauer des Anspruchs beschäftigt. Sodann aber vermisst man innerhalb derselben die Trennung der beiden Möglichkeiten eines rechtmässigen Endes des Dienstverhältnisses (unten sub α) und eines unrechtmässigen, insbesondere vorzeitigen Endes des Dienstes (unten sub β); und deshalb haben viele, die die ganze Frage nach der Entstehung des Anspruchs aufs Dienstzeugnis zu erörtern glauben, in Wahrheit nur die eine dieser beiden Alternativen behandelt.

α) Bei rechtmässigem (rechtlichem) Ende des Dienstverhältnisses.[75])

Im Falle des rechtmässigen Endes des Dienstverhältnisses handelt es sich darum: Entsteht der Anspruch bereits

74) unter b.

75) Das Dienstverhältnis kann immer nur ein rechtliches Ende nehmen, ein tatsächliches Ende eines Rechtsverhältnisses gibt

mit der Kündigung bezw. — im Falle festbestimmter Vertragszeit — einige Zeit vor dem Ende derselben, oder aber erst bei tatsächlichem Ende des Dienstes? Die Fassung der in Betracht kommenden Gesetzesstellen ist hier nicht ganz übereinstimmend: während § 630 BGB. und § 73 HGB. „bei der Beendigung" des Dienstverhältnisses den Anspruch entstehen lassen, enthält § 113 GO. die Wendung „beim Abgange". Es kann hier vorläufig dahingestellt bleiben, ob diese beiden Ausdrücke gleichbedeutend sind. Immerhin aber hat diese Abweichung zur Folge gehabt, dass die nun folgende Erörterung, ob die Kündigung oder das tatsächliche Ende des Dienstes massgebend ist, nur für das Gebiet des BGB. und des HGB. angestellt wird, während für die GO. kein Zwiespalt der Meinungen hierüber vorhanden ist. Vielmehr streitet man dort unter völliger Ausserachtlassung dieser Frage nur um die weitere,[76]) wie es mit der Entstehung des Anspruchs bei unrechtmässigem Ende des Dienstes steht, ob nämlich der Anspruch schon bei tatsächlichem Abgang, oder erst dann entsteht, wenn auch das Dienstverhältnis sein (rechtliches Ende erreicht haben würde. Diesen Fehler veranlasst der abweichende Wortlaut insofern, als „bei Abgang" niemals „bei Kündigung" heissen kann, diese Auslegung aber hinsichtlich der Worte „bei Beendigung" wenigstens nicht ganz unbedingt abzuweisen ist. Heillos aber wird die Verwirrung, wenn man[77]) den abweichenden Text der GO., weil er „den

---

es nicht; nur der Dienst kann ein tatsächliches Ende haben. — Es ist auch ein unrechtmässiges (rechtliches) Ende des Dienstverhältnisses denkbar, z. B. wenn der Dienstverpflichtete sich durch eigene Schuld in die Unmöglichkeit der Leistung versetzt. In diesem Fall aber, der an sich unter β zu behandeln wäre, weil es sich jedenfalls um eine unrechtmässige Beendigung, wenn auch nicht des Dienstes, sondern des Dienstverhältnisses handelt, fallen die dort behandelten 2 Möglichkeiten, tatsächliche Beendigung der Dienste und (rechtliches) Ende auch des Dienstverhältnisses (vgl. d. Übersicht Anm. 78), zusammen.

76) vgl. unten unter β.

77) so bes. Bendix 122.

rechtlich begründeten wie unbegründeten Abgang umfasse", als Beweis der Richtigkeit derjenigen Meinung ausspielen will, die den Anspruch auf Zeugniserteilung bereits mit der Kündigung entstehen lässt: denn hierdurch werden die beiden doch durchaus zu trennenden Fragen — Entstehung des Anspruchs bei rechtmässigem Ende des Dienstverhältnisses und bei unrechtmässigem Ende des Dienstes — durcheinander geworfen.[78])

Während also für das Gebiet der GO. der Anspruch aufs Zeugnis, entsprechend dem Wortlaut (bei Abgang) allseitig erst bei tatsächlichem Ende des Dienstes, nicht schon von der Kündigung an, gegeben wird, vertritt im Bereich des BGB. und des HGB. eine grosse Anzahl von Schriftstellern den entgegengesetzten Standpunkt. Man stützt sich hierbei darauf, dass diese Auslegung besonders durch die Entstehungsgeschichte und den Zweck der Bestimmungen sich rechtfertige, und dass ihr der Wortlaut (bei Beendigung) jedenfalls nicht entgegenstehe.

Indes muss diese Meinung als irrig bezeichnet werden: Der Anspruch auf Erteilung des Dienstzeugnisses entsteht vielmehr erst bei tatsächlichem Ende des Dienstes und nicht schon bei der Kündigung.

Die Entstehungsgeschichte kann füglich nicht herangezogen werden, um für die gegnerische Meinung zu streiten. Zunächst käme nämlich überhaupt nur die des § 73 HGB. in Betracht, da bei den Beratungen des BGB. ein Antrag, das

78) Der Streitstand ist also folgender: Man streitet bei der ersten Alternative — rechtmässiges Ende des Dienstverhältnisses (sub α) — ob der Anspruch

a) schon bei der Kündigung desselben, oder

b) **erst** bei tatsächlichem Ende des Dienstes;

bei der zweiten Alternative — unrechtmässiges Ende des Dienstes (sub β) — ob der Anspruch

a) **schon** bei tatsächlichem Ende des Dienstes oder

b) erst bei rechtlichem Ende auch des Dienstverhältnisses gegeben ist.

Also welche Verwirrung, wenn mann die Fragen sub α und β nicht auf das schärfste trennt!

Zeugnis schon von der Kündigung an zu gewähren, ausdrücklich abgelehnt wurde; aber auch sie kann nichts beweisen. Die Kommission für die Beratung des HGB. hat es zwar für zweifellos erklärt, dass das Zeugnis bereits bei der Kündigung gefordert werden dürfe, sie hat diese Aufstellung aber mit dem Hinweis auf die Bestimmungen über Treu und Glauben im BGB. begründet. Aus diesen ergibt sich das aber keineswegs unter allen Umständen, und dies müsste doch der Fall sein, wenn das Zeugnis kraft Treu und Glauben „zweifellos" schon bei der Kündigung verlangt werden könnte. Wenn die Kommission ferner ausdrücklich für das HGB. den gleichen Rechtszustand wie für das BGB. proklamiert hat, so liegt darin ein gewisser Widerspruch. Denn es ist doch — um bei der Entstehungsgeschichte zu bleiben — bei der Beratung des BGB. ausdrücklich festgestellt worden, dass ein Anspruch aufs Zeugnis bei der Kündigung eben noch nicht gegeben sein sollte. Insofern ist der Kommission ein merkwürdiger Widerspruch unterlaufen, und man wird — wie so oft — die Entstehungsgeschichte auch hier für seine Meinung nicht verwerten können.[79])

Zur Begründung ihrer Ansicht berufen sich die Gegner sodann auf den Zweck der in Rede stehenden Vorschriften und die nicht wünschenswerten Folgen der hier vertretenen Auffassung. Das Zeugnis, so wird ausgeführt, sei doch nur zu dem Zwecke geschaffen, den Diensttuenden in seinem Fortkommen zu fördern, insbesondere ihm beim Verlassen der alten Stellung eine neue zu verschaffen. Es würde nun aber einen Zeitverlust bedeuten, müsste der Diensttuende erst das tatsächliche Ende des Dienstverhältnisses abwarten, bevor er sein Zeugnis bekäme, auf Grund dessen er dann eine andere Stellung fände. Dies wird in manchen, ja in vielen Fällen zutreffen. Aber erstens hat auch die gegnerische Meinung unliebsame Folgen, denn ein schon bei der Kündigung erteiltes Zeugnis ist, falls es ungünstig ausfällt, imstande, dem

79) Das Nähere s. bei Örtel im Sächsischen Archiv 12, Heft 1, S. 28 ff.

Diensttuenden die noch übrige Zeit sehr zu verleiden,[80]) und es würde die schon bei der Kündigung geschehende Erteilung des Zeugnisses auch die Unzuträglichkeit mit sich bringen, dass es doch nicht die ganze Vertragszeit umfassen könnte und ein Vorbehalt für die noch fehlende Zeit erforderlich wäre, dass u. U. am Ende der Dienstzeit das Zeugnis der Wirklichkeit nicht mehr entspricht, wodurch die schwierige Frage, ob dann ein neues Zeugnis erteilt und angenommen werden müsste, entstehen würde und Streitigkeiten die unausbleibliche Folge wären. Sodann aber — und das ist durchschlagend — ist es überhaupt unzulässig, allein aus den Konsequenzen einer Anschauung deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit herzuleiten. Das hiesse doch schliesslich das Gesetz nur zur Sanktion der eigenen ohne dasselbe im voraus gefassten Meinung gebrauchen.

Vielmehr will auch hier, wie überall, zunächst der Wortlaut des Gesetzes in Betracht gezogen sein. Und wo er unzweideutig ist, da ist es unerlaubt, aus Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte oder wegen einiger unliebsamer Konsequenzen ihn zu vergewaltigen. Das aber tut derjenige, welcher den Ausdruck des Gesetzes „»bei Beendigung« des Dienstverhältnisses“ anders als in dem Sinne von wirklichem Ende desselben auffasst. Man sieht dies am besten aus den Anstrengungen, die nötig waren, diesen Ausdruck in dem entsprechenden Sinne umzudeuten. So soll „beendigen“ nicht so viel wie „aufhören“ bedeuten, sondern vielmehr einem „Sichvollziehen in der Zeit“, einem „Sichentwickeln zu einem Zustand“ gleich sein. „Beendigung“ bedeute, dass durch das „Erreichen des Zweckes die Vollendung des Werkes als nahe bevorstehend vorgestellt werde“, nicht werde damit blos „ein erreichter Zustand“ bezeichnet.[81]) Und was das Wörtchen „bei“ anlange, so bedeute dies soviel wie „im Falle“,[82]) oder

80) worauf auch bei der Beratung des BGB. hingewiesen wurde.

81) so Bendix 120, 121.

82) so Staub 3 zu § 73, Horrwitz 105.

„gelegentlich".[83]) Diese Deutungen aber sind abzulehnen: Der Sprachgebrauch lässt keine andere Auslegung zu als die, dass „bei" nichts weiter heissen kann, als „im Augenblick".[84])

Aber unsere Meinung bedarf noch weiterer Begründung. Durch seinen Wortlaut tritt § 630 BGB. in deutlichen Gegensatz zu § 629 das.: Man vergleiche den Eingang beider Paragraphen miteinander. § 629: „Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses" — § 630: „Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses" — deutlicher konnte das Gesetz sich kaum ausdrücken. Merkwürdigerweise ist dies nicht unbestritten geblieben. Man hat eingewendet[85]) — und dieser Einwand bedarf eingehender Zurückweisung, weil er geeignet wäre, unserer Ansicht ihre Stütze, nämlich den Wortlaut des Gesetzes zu entziehen — man hat eingewendet, dass § 629 sich gar nicht anders ausdrücken konnte, da er nur den Fall der Kündigung, einen „»Spezialfall« des weiteren Begriffs der Beendigung" im Auge habe; dass dagegen § 630, der alle Fälle treffen wollte, in denen ein Dienstverhältnis endige, eben das Wort „Beendigung" wählen musste. Bei diesem Einwurf kann ganz dahingestellt bleiben, ob der Gesetzgeber im § 629 trotz dessen Fassung wirklich nur den Fall treffen wollte, in dem das Dienstverhältnis infolge von Kündigung sein Ende erreicht, oder ob nicht vielmehr durch Analogie § 629 auch auf die Fälle Anwendung findet, in denen das Dienstverhältnis aus einem andern Grunde, insbesondere durch Zeitablauf, endet,[86]) solange jedenfalls das, was erst bewiesen werden soll, nicht als Voraussetzung gebraucht werden darf, ist dieser Einwurf falsch. Denn er bezeichnet die Kündigung als einen „Spezialfall der Beendigung" und beweist auf die Art, dass aus dem

---

83) so Makower II b zu § 73.

84) so Planck 2 b zu § 630; OLG. Darmstadt (7. V. 01). MF. III, 78 u. sonst.

85) Bendix 124.

86) so Örtmann 1 zu § 629; Staudinger 3 zu § 629; Fischer-Henle 1 zu § 629 u. a.

oben angegebenen Grunde die Ausdrucksweise der beiden Paragraphen verschieden sein musste. Nun ist aber klar, dass, wenn die Kündigung ein Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses ist, nach § 630 BGB. ohne weiteres der Anspruch aufs Zeugnis bereits mit der Kündigung entsteht. Es ist aber ganz gleich, ob man sagt: „die Kündigung ist ein Fall der Beendigung“ oder: „nach § 630 BGB. kann das Zeugnis bereits mit der Kündigung verlangt werden.“ Wer also meint, dass die Kündigung ein Spezialfall der Beendigung ist und mit diesem Satz als Voraussetzung beweisen will, dass nach § 630 BGB. das Zeugnis bereits mit der Kündigung verlangt werden kann, der macht, wie gesagt, keinen geringeren Fehler als den der petitio principii. Überdies — und darin liegt ein weiterer Fehler — ist es auch unrichtig zu sagen, dass die Kündigung ein Spezialfall der Beendigung ist. Diese Behauptung hat denselben Wert wie die, dass eine tötliche Wunde eine Art des Todes sei; eine Art des Todes ist der Tod an einer tötlichen Wunde, diese führt den Tod nur herbei.[87])

Noch einige — weniger wichtige — Einwände sind hervorgetreten, aber sie scheitern alle an dem Wortlaut des Gesetzes. So kann man es auf sich beruhen lassen, wenn man, da § 630 sich an § 629 anlehne, da beide Paragraphen denselben Zweck verfolgten, nun deshalb meint, § 630 müsse diesen Zweeck auch unter derselben Voraussetzung wie § 629, nämlich bereits bei Kündigung, erfüllen. Man braucht auch der von Bendix[88]) angeregten Frage nicht näher zu treten, ob § 629 wirklich ein maius gegenüber dem § 630 enthält, denn das alles, selbst wenn man die Richtigkeit zugeben wollte, besagt nichts gegen uns.

---

87) Übrigens sagt Bendix — allerdings in anderem Zusammenhange (S. 122) — selber, dass die Kündigung nur geeignet ist, das Ende des Dienstverhältnisses herbeizuführen, wobei er freilich wieder den Fehler macht, auch den Zeitablauf als nur geeignet hierzu, nicht als das Ende selbst, zu bezeichnen.

88) S. 124 oben.

Vom Standpunkt dieser unserer Ansicht aus sind also, was eingangs dieser Erörterungen dahingestellt gelassen war, die Wendungen „bei Beendigung“ und „beim Abgang“ gleichbedeutend. Beide Male ist das tatsächliche Ende des Dienstverhältnisses gemeint.[89])

89) Im Ergebnis übereinstimmend: Planck 2b; Staudinger 2a zu § 630; Landmann 1a zu § 113; Endemann 1095; Örtel im sächs. Archiv 12, 28ff.; OLG. Darmstadt (7. VI. 01). ME. III, 78; Schlegelberger 135 und der Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB. (Berlin, Guttentag) S. 84. — Dagegen: Staub 3; Lehmann-Ring 1 zu § 73; Bendix 123; Kohler 267; Horrwitz 105; Fuld 54; Ritter 113; Goldmann im Recht 1901 (5) S. 453; OLG. Kolmar (12. V. 02) MF. V, 265; OLG. Hamburg (4. VII. 02) MF. VI, 4. — Auf den einzelnen Fall stellen die Entscheidung ab: Makower IIb und Düringer-Hachenburg 1 zu § 73. Diese beiden wollen das Zeugnis nur dann schon bei der Kündigung geben, wenn es der Verkehrssitte bezw. dem Bedürfnis des Diensttuenden entspricht. Diese Meinung kann sich nicht etwa auf § 242 BGB. stützen wollen, da dieser Paragraph nur von einem schon bestehenden Schuldverhältnis spricht, nicht aber ein solches schon vorzeitig zur Entstehung bringen kann (vgl. Stammler, die Lehre vom richtigen Rechte S. 330 und Örtmann zu § 242), sondern nur, wie auch Makower ausdrücklich sagt, auf § 157 BGB. Doch auch dies ist nicht zutreffend: Aus unseren früheren Ausführungen ist leicht zu ersehen, dass nach Treu und Glauben durchaus nicht das Zeugnis bereits bei der Kündigung verlangt werden darf, weshalb dahingestellt bleiben kann, ob bei dem, wie wir sahen, nur eine Auslegung zulassenden Gesetzestext überhaupt für die Anwendung des § 157 Raum ist, oder nicht (dafür Stammler a. a. O. bes. S. 336, vgl. auch Stammler in Verw.-Archiv Bd. 15 S. 1—60). Diejenigen, welche das Zeugnis nicht schon bei der Kündigung geben, sei es, dass sie entgegen Stammlers Lehre die Anwendung von § 157 für ausgeschlossen erachten, sei es, dass sie trotz der Anwendung des § 157 zu diesem Resultat kommen, die indes das Bedürfnis des Diensttuenden nach einem Ausweis zur Erlangung einer neuen Stellung in den Vordergrund rücken, werden in besonderen Fällen dem Diensttuenden — und zwar kraft § 157! — ein Recht zwar nicht auf ein „Zeugnis“ i. S. v. §§ 630 BGB., 73 HGB., 113 GO. zugestehen dürfen, wohl aber auf eine private Bescheinigung (oder wie man dies sonst nennen will) darüber, wie lange das Dienstverhältnis gedauert, wann der Diensttuende zur Entlassung kommt, wie er sich geführt u. s. w., was also dem Inhalt des später zu erteilenden „Zeugnisses“ im wesentlichen entspricht. Etwas ähnliches

β) **Bei unrechtmässigem, insbesondere vorzeitigem Ende des Dienstes.**[90])

Die eben zu Ende gebrachte Frage wird, was merkwürdigerweise nur Staub[91]) beiläufig erwähnt, selbstverständlich auch hier praktisch: denn auch wenn das Dienstverhältnis beispielsweise vorzeitig gekündigt wird und deshalb der Dienst unrechtmässig beendet wird, ist sie an sich möglich.[92]) Die Entscheidung ist bereits unter α gegeben: erst das tatsächliche Ende des Dienstverhältnisses ist entscheidend. — Es entsteht aber hier ausserdem die weitere Frage, ob nun das tatsächliche Ende des Dienstes auch wirklich entscheidend sei, oder ob nicht darüber hinaus der Zeitpunkt abgewartet werden müsse, in dem das (rechtliche) Ende auch des Dienstverhältnisses herbeigekommen ist.[93]) Die Meinungen der wenigen sich hierzu äussernden Rechtslehrer sind geteilt. Das ist, wenigstens für die GO., eine merkwürdige Erscheinung, denn der Text des § 113 derselben („beim Abgang") lässt, so sollte man meinen, einen Zweifel wohl nicht übrig. Denn ein „Abgehen" kann nur einmal

---

meint wohl Örtmann 4 zu § 630, der aber im Zweifel ist und auch nicht zwischen „Zeugnis" und „Bescheinigung" unterscheidet; auch besteht nach unsern Ausführungen ein solcher — prinzipieller — Zweifel nicht.

90) vgl. Anm. 75.

91) Bem. 1 zu § 73.

92) So will den auch Staub a. a. O. auch dem vorzeitig, also unrechtmässig, kündigenden Handlungsgehilfen den Anspruch aufs Zeugnis schon mit dieser Kündigung geben.

93) Ein „unrechtmässiges" Ende des Dienstes ist selbstverständlich nur dann vorhanden, wenn der eine Teil mit der vorzeitigen Kündigung oder dem sofortigen Verlassen des Dienstes nicht einverstanden zu sein braucht. Ist er nicht einverstanden, oder muss er es sein (z. B bei Kündigung wegen wichtigen Grundes), so ist das Dienstverhältnis (rechtmässig) beendet, da der übereinstimmende Wille der Beteiligten bezw. das Gesetz imstande ist, das Dienstverhältnis jederzeit zu Ende zu bringen. Dies wird von vielen (z. B. Schicker 1 zu § 113, Bail 235, Örtel 84) nicht beachtet, weshalb ihre Ausführungen keinen Sinn geben, falls sie nicht den Begriff „unrechtmässig" anders fassen wollen.

erfolgen, und zwar eben in dem Augenblick, in dem die Arbeit tatsächlich verlassen wird, und man kann wohl nicht im Ernste sagen wollen, dass ein zweiter „Abgang“ des Arbeiters dann stattfindet, wenn auch das Arbeitsverhältnis — vielleicht nach Monaten — sein (rechtliches) Ende gefunden hat. Der klare Wortlaut der GO. ist also für die Richtigkeit derjenigen Anschauung, die auch hier vertreten wird, und nach der das tatsächliche, wenn auch ungerechtfertigte Ende des Dienstes bereits den Anspruch entstehen lässt, entscheidend. Übrigens hätte das Gesetz, das in § 107 von der Lösung des „Arbeitsverhältnisses“ spricht, nicht in § 113 von einem blossen „Abgang“ gesprochen, wenn es nicht einen Gegensatz bezweckt hätte.

Im Gebiete des BGB. und des HGB. hingegen erscheint dieser Streit schon erklärlicher. Denn hier heisst es nicht „Abgang“, sondern „Beendigung“, und die Schwierigkeit würde nur darin liegen, dass das Gesetz von einer Beendigung des Dienstverhältnisses (nicht des Dienstes) spricht. Wer also deshalb den Zeugnisanspruch erst mit der (rechtlichen) Beendigung des Dienstverhältnisses entstehen lässt, der hätte jedenfalls den Wortlaut des Gesetzes für sich, dürfte sich aber doch dem Vorwurf eines allzustrengen Haftens an demselben aussetzen. In extensiver Interpretation wird man vielmehr bereits das tatsächliche Ende des Dienstes für die Entstehung des Zeugnisanspruchs entscheidend sein lassen dürfen. Aus folgenden Gründen: Für den Fall zunächst, dass der Diensttuende das unrechtmässige tatsächliche Ende herbeiführt — er verlässt z. B. den Dienst ungerechtfertigter Weise[94]) —, dürfte diese Meinung darin eine Stütze finden, dass die bürgerliche Gesellschaft, wie oben dargetan,[95]) ein Interesse daran hat, dass möglichst niemand arbeitslos sei, weshalb ja das Zeugnis gerade geschaffen worden ist, als welches am besten dazu beitragen kann, dass sein Inhaber

94) nur dieses ungerechtfertigte Verlasen des Dienstes kommt hier in Betracht (vergl. die vorige Anm.).

95) im zweiten Abschnitt unter IV.

bald wieder eine neue Stellung finde. Diese Rücksicht wird sogar den Einwand zurückweisen, dass es doch nicht anginge, wenn der Diensttuende aus seiner eigenen ungerechtfertigten Handlungsweise dem Dienstherrn einen Nachteil, nämlich die vorzeitige Ausstellung des Zeugnisses, erwachsen lassen könne. — Hingegen wird umgekehrt, weil durch keine soziale Rücksicht entkräftet, dieser letzte Gedanke von uns dann herangezogen werden können, wenn der Dienstherr der schuldige Teil ist; von dessen Seite würde eine Vorenthaltung des Zeugnisses vielmehr als dolos erscheinen. Übrigens könnte — und so wird sich dieser Fall praktisch lösen — bei ungerechtfertigter Entlassung seitens des Dienstherrn ein wichtiger Grund zum sofortigen Verlassen des Dienstes gefunden werden und der Diensttuende daraufhin seinerseits das Dienstverhältnis zu seinem — rechtmässigen — tatsächlichen Ende bringen, womit dann der oben unter α behandelte Fall gegeben, also das Zeugnis im Augenblicke des Wegganges dem Diensttuenden zu verabfolgen ist.

Es ist also auch hier der abweichende Text der Gesetze („bei Beendigung" in § 630 BGB. und § 73 HGB. „beim Abgang" in § 113 GO.) als gleichbedeutend zu erachten: Überall ist es das tatsächliche — rechtmässige oder unrechtmässige — Verlassen des Dienstes, welches den Zeugnis-Anspruch zur Entstehung bringt. Freilich darf — das sei noch erwähnt — durch die vorzeitige Kündigung oder das sofortige Verlassen des Dienstes nicht zugleich das Erfordernis des „dauernden" Dienstverhältnisses, wie es § 630 BGB. aufstellt, wegfallen. Denn dann würde aus diesem Grunde ein Anspruch nicht entstehen.[96])[97])

96) Übereinstimmend, aber ohne besondere Begründung: Staub 1 zu § 73; Schenkel 2 zu § 113; Fuld 54; Markus im Recht 1902 S. 610; Gew.-Ger. Königsberg und Halle bei Baum No. 178, ersteres mit beachtlichen Gründen; Siegel 173[3]. Dagegen: Dernburg 456 Anm. 12; Lehmann-Ring 1 zu § 73; Landmann-Rohmer 1a, Schicker 1 zu § 113; Bail 235; Horrwitz 105, OLG. Dortmund in Gew.-Ger. 4, 122. Für die meisten derselben gilt indes das Anm. 93 Gesagte.

97) Diese Entscheidung ist nicht etwa eine Konsequenz der zu α gegebenen, vielmehr ist die Übereinstimmung beider zufällig.

b) Dauer des Anspruchs.

Mit der herrschenden Ansicht wird man sich hier zunächst gegen die besonders von Örtel[98]) vertretene Auffassung zu wenden haben, die in den Worten „bei Beendigung", „beim Abgang" nicht nur den Eintritt, sondern auch zugleich das Ende der Zeugnispflicht festgestellt sieht und man wird vielmehr annehmen dürfen, dass das Gesetz nur die Frage, von welchem Augenblicke an das Zeugnis gefordert werden dürfe, entscheiden wollte, dass aber der Augenblick des Erlöschens dieses Anspruchs sich anderweitig bestimme. Freilich lässt der Wortlaut an und für sich beide Auslegungen zu. Wenn aber das Gesetz unsere Auffassung wiedergeben wollte, so konnte es sich gar nicht anders ausdrücken, die Ansicht Örtels aber müsste bei der Tendenz der hier in Rede stehenden Vorschriften, die doch zu gunsten des Dienstthuenden geschaffen sind, einen jeden Zweifel ausschliessenden Wortlaut des Gesetzes für sich haben, um annehmbar zu sein.

Welches ist nun aber — diese Frage steht jetzt zur Beantwortung — die Dauer des einmal entstandenen Zeugnisanspruchs? Die Entscheidung ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder Anspruch so lange dauert, bis er verjährt,[99]) oder bis er auf andere Weise zum Erlöschen kommt. In diesem Zusammenhange interessiert nur, ob ein solches Erlöschen auch durch Verzicht[100]) möglich ist. Denn bejahen-

---

Da indes die erstere (unter α) für den Diensttuenden ungünstig ist, so wird man diese hier, die zu seinen Gunsten ausgefallen, als ein Correlat derselben ansehen können.

98) im Sächs. Archiv Bd. 12, 32 ff., ebenso übrigens Landmann 1 a zu § 113.

99) natürlich kann von der Verjährung erst dann die Rede sein, wenn der Anspruch überhaupt entstanden ist (vgl. Kochne in Soz. Prax. 17 No. 16 Sp. 405 ff.).

100) Das Erlöschen durch Erfüllung kann selbstverständlich nicht Gegenstand einer besonderen Betrachtung sein, und das durch Tod gehört an andere Stelle (s. im ersten Abschn. No. 2, a. E.). Über das Erlöschen wegen Unmöglichkeit der Leistung vgl. Anm. 34.

denfalls würde ein solcher doch in den allermeisten Fällen vor dem Ablauf der 30jährigen Verjährungsfrist stattfinden, und deshalb diese Frist ihre Bedeutung einbüssen. Die Entscheidung dieser Frage kann für den nicht zweifelhaft sein, der unseren früheren Ausführungen über die Möglichkeit eines Verzichtes auf den Zeugnisanspruch[101]) zustimmt. Denn wir haben dort nachzuweisen gesucht, dass ein Verzicht (nach Entstehung des Anspruchs) sehr wohl möglich ist.

Wann nun ein solcher Verzicht, falls es nicht ausdrücklich erklärt wird, anzunehmen ist, muss bei der grossen Mannigfaltigkeit der einzelnen Fälle als Tatfrage bezeichnet werden. Es lässt sich hier eben keine für alle Verhältnisse passende Regel normieren. Mitunter, aber nicht immer,[102]) wird ein Verzicht dann zu unterstellen sein, wenn der Dienstuende die Stellung verlassen hat, ohne das Zeugnis zu fordern und sich bereits in einer andern befindet.[103])

Wer unsere Auffassung annimmt, für den erledigen sich die sehr umstrittenen Fragen, erstens, ob der Dienstuende, wenn er bereits ein Zeugnis über Art und Dauer des Dienstverhältnisses gefordert und erhalten hat, noch nachträglich die Ausdehnung desselben auf Leistungen und Führung verlangen darf, und zweitens, ob er umgekehrt, nachdem er auf sein Verlangen ein Leistungen und Führung mitumfassendes Zeugnis erhalten, nachträglich wieder ein Zeugnis nur über Art und Dauer fordern kann.

101) s. oben im zweiten Abschn. unter IV a. E.

102) wie Markus will (im Recht 1902, 610).

103) Im wesentlichen ausser Markus übereinstimmend: Staudinger 6 zu § 630; Örtmann 4 zu § 630, Gew.-Ger. Jahrg. X, No. 4, Sp. 66 ff.; Gutachten der Handels- und Gewerbekammer Zittau (im Recht 1903, 40). Dagegen ausser Örtel und Landmann a. a. O. Staub 5 zu § 73 (der die Verzichtsmöglichkeit nicht anerkennt); Lehmann-Ring 1 zu § 73 (jederzeit); Fuld 54 (der die Verjährungsfrist allein entscheiden lässt); Horrwitz 105 (ebenso); Prenner 56/57 (ebenso). Ungenau: Düringer-Hachenburg I zu § 73; Planck 2b zu § 630; Kohler 353; Sigel 173 Anm. 3. Unklar: Makower II b zu § 73.

Die erste dieser Fragen ist nichts weiter als eine Modifikation der schon erledigten, ob ein Verzicht aufs Zeugnis möglich, bezw. wann er anzunehmen ist. Denn ebenso wie man auf das Zeugnis überhaupt, so kann man auch auf denjenigen Teil desselben verzichten, der die Leistungen und die Führung behandelt. Es ist dies also wiederum Tatfrage, wiewohl in dem Begehren eines nur die Art und Dauer bescheinigenden Zeugnisses in vielen Fällen ein Verzicht auf die Ausdehnung desselben bezüglich der Leistungen und Führung zu finden sein wird.[104])

Die andere Frage dagegen ist für alle Fälle zu verneinen. Denn sobald das Zeugnis in dem vollen, Leistungen und Führung mitumfassenden, Umfange ausgestellt ist,[105]) ist der Anspruch auf Ausstellung desselben erloschen und können fortan höchstens noch Ansprüche wegen des Inhalts des Zeugnisses[106]) vorhanden sein. Von einer weiteren Dauer des Anspruchs aber — worum es sich hier handelt — ist keine Rede mehr, in dieser Beziehung sind Dienstherr und Diensttuender miteinander quitt.[107])

Ehe wir dieses Kapitel von der Entstehung und Dauer des Anspruchs schliessen, sei kurz auf eine Frage eingegangen, die trotz ihrer Bedeutsamkeit nur von Örtmann[108]) und

---

104) Ebenso LG. I Berlin (28. X. 04) in Bl. f. R. Pf. Jahrg. XVI, No. 3 S. 33, 34. Abw. Hilse in Monatsschr. f. Handelsrecht und Bankwesen, Jahrg. XIV, No. 8 S. 210, und Makower IIc 1 zu § 73. Landmann 3 a. E. zu § 113 erkennt die Verpflichtung des Arbeitgebers zu nachträglicher Erweiterung in keinem Falle an (in Konsequenz seiner in Bem. 1 a ausgesprochenen Meinung vgl Anm. 98).

105) Vor der Ausstellung liegt die Sache anders: denn in diesem Zeitpunkt hat der Diensttuende noch die Möglichkeit, ausdrücklich seinen Verzicht auf den Zeugnis-Anspruch, soweit er Leistungen und Führung betrifft, zu erklären.

106) s. No. 2 dieses Abschnittes.

107) Ebenso aber ohne Gründe Baum No. 181; Bail 235; Sigel 173.

108) Bem. 4 a. E. zu § 630.

Ritter[109]) gestreift wird, ob nämlich der Diensttuende bei Verlust des Zeugnisses ein neues Zeugnis fordern kann. Während Ritter die Frage verneint, bejaht sie Örtmann für den Fall des „nachweisbar schuldlosen" Verlustes. Wir möchten diese Berechtigung auf jeden Fall des Verlustes, selbst auf den der absichtlichen Vernichtung des Zeugnisses, ausdehnen, es sei denn — was selbstverständlich —, dass in solchem Falle eine Chikane von seiten des Diensttuenden vorläge. Denn auch dann, wenn jemand seine Zeugnisse, vielleicht in der Meinung, sie nicht mehr zu benötigen, vernichtet hat, kann er später ein überaus grosses Interesse an der Wiedererteilung derselben haben. Wie sehr nun dies, besonders im Falle schuldlosen Verlustes, auch der Billigkeit entspricht, so ist im Gesetz doch ohne weiteres eine Stütze nicht zu finden. Denn es handelt sich hier um die Neuentstehung — nicht etwa um die Fortdauer — des Zeugnisanspruchs, und deshalb ist auch die Anwendung des § 242 BGB. ausgeschlossen,[110]) mit welchem sonst geholfen werden könnte. Auch Örtmann selbst lässt den Grund seiner Aufstellung nicht erkennen. Wir meinen nun, dass im Falle des Verlustes des Zeugnisses ein neues Zeugnis zwar nicht aus § 630 BGB. bezw. aus § 73 HGB. und § 113 GO. gefordert werden kann, denn der Anspruch aus diesen Paragraphen ist erloschen, wohl aber aus Analogie dieser Bestimmungen: denn warum sollte der Verlust des Zeugnisses an dem Bedürfnisse des Diensttuenden nach demselben etwas ändern?

2. Inhalt des Zeugnisses.

Dieser wichtigste Teil des Dienstzeugnisrechtes wird im weitesten Masse — dies sei vorausgeschickt — von dem in § 242 BGB. ausgesprochenen Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht: Nur so können die gegensätzlichen Interessen der Beteiligten eine zweckentsprechende Vereinigung

109) s. 113.
110) s. Anm. 89.

erfahren; und nur so können auch die vielen Einzelfragen, die hier auftauchen und unmöglich abschliessend aufgezählt und entschieden werden können, eine angemessene Erledigung finden. Massgebend bleibt aber immer nur das Verhältnis zwischen Dienstherrn und Diensttuenden, die ausgleichende Gerechtigkeit zwischen ihnen; nicht kommt Treu und Glauben auch im Verhältnisse des einen von diesen zu einem dritten, insbesondere zu dem neuen Dienstherrn, in Betracht.

a) Art und Dauer des Dienstverhältnisses.

Von der „Art und Dauer des Dienstverhältnisses“ spricht zwar keiner unserer Paragraphen. Denn § 630 BGB. gibt ein Zeugnis über „das Dienstverhältnis und dessen Dauer“, und § 73 HGB. und § 113 GO. enthalten die Wendung „Art und Dauer der Beschäftigung“. Indessen sind dies, wie sich noch herausstellen wird, nur Unterschiede im Ausdruck und hindern uns nicht, bezüglich aller drei Vorschriften von der „Art und Dauer des Dienstverhältnisses“ zu sprechen.

Es handelt sich hier im wesentlichen nur um rein tatsächliche Angaben, was für die Dauer des Dienstverhältnisses sofort erhellt und auch für die Art desselben keiner besonderen Begründung bedarf. Immerhin ist noch folgendes zu bemerken.

I. Die Art des Dienstverhältnisses muss spezialisiert angegeben werden, so zwar, dass über dieselbe kein Zweifel bestehen kann.[111]) Die darauf bezüglichen Angaben haben sich aber andererseits[112]) nicht über die Beschäftigung schlechthin, d. h. in ihrer Gesamtheit, auszulassen, sondern nur über die Beschäftigung, die gerade in derjenigen Stellung stattgefunden hat, zu der der Betreffende engagiert worden ist. Grösstenteils wird dies freilich zusammenfallen; wer z. B. die Stellung eines Buchhalters bekleidet, wird nicht gleich-

111) z. B. „erster Verkäufer“ (vgl. Gew.-Ger. XI, 204). Ebenso Örtel 85.

112) Was merkwürdigerweise nirgends erwähnt wird.

zeitig im Warenlager beschäftigt sein. Jedoch sind auch andere Fälle denkbar. Es bereist beispielsweise jemand, der als „Verkäufer“ engagiert ist, mitunter die Kundschaft. Hier muss man nun aber unterscheiden, ob diese Tätigkeit auf einem besonderen Vertrage des Inhalts beruht, dass der „Verkäufer“ auch als „Reisender“ — wenn auch nur für gewisse Tage — engagiert ist, oder ob sie von dem Betreffenden nur in oder richtiger trotz seiner Eigenschaft als Verkäufer ausgeübt wird, vielleicht zufolge eines besonderen „Auftrags“ (i. S. des BGB.). Im letzteren Falle ist dieses Reisen nicht Gegenstand der Bezeugung der „Art“ des Dienstverhältnisses, wohl aber im ersteren. Dann aber ist es — und das ist eine ganz andere Frage — gleichgültig, ob diese Tätigkeit nur vorübergehend stattgefunden hat. Dies folgt, freilich nur im Gebiete des HGB. und der GO., daraus, dass diese Gesetze das Erfordernis eines dauernden Dienstverhältnisses eben nicht aufstellen. Anders freilich nach § 630 BGB., nach dem immer nur ein dauerndes Dienstverhältnis Gegenstand der Bezeugung sein kann.

II. Wenn die Dauer des Dienstverhältnisses zu bezeugen ist, so hat dies sinngemäss die Bedeutung, dass der Anfangs- und Endpunkt desselben, nicht etwa der blosse Zeitraum,[113]) festgelegt werden soll. Ob innerhalb dieser Zeit Unterbrechungen durch Urlaub oder Krankheit zu verzeichnen sind, richtet sich entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben nach dem Verhältnis von Dienstzeit und Unterbrechung;[114]) so wird bei einem Dienstverhältnis, das mehrere Jahre gedauert, eine mehrwöchentliche, ja sogar eine einige Monate stattgehabte Unterbrechung unbeachtlich sein.[115]) Niemals jedoch dürfen Unterbrechungen angegeben werden, um den Diensttuenden hinsichtlich seiner Leistungen oder seiner Führung ungünstig zu charakterisieren, es sei denn,

113) Ebenso Örtel 85.
114) Analogon § 616 BGB.
115) Ebenso Horrwitz 107.

dass dieser ausdrücklich die Ausdehnung des Zeugnisses auch auf Leistungen und Führung[116]) verlangt hat.[117])

III. Vereinzelt[118]) ist die Behauptung hervorgetreten, dass das Zeugnis nicht nur über Art und Dauer, sondern auch über Art oder Dauer gefordert werden dürfe. Das ist irrig. Freilich stände der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen, denn wenn es hiesse, „das Zeugnis kann über die Art oder über die Dauer gefordert werden", so wäre damit die Möglichkeit, ein Zeugnis zu verlangen, das beides, Art und Dauer, enthielte, ausgeschlossen: das Gesetz musste sich also so wie geschehen ausdrücken. Indessen kann man Art und Dauer nicht füglich voneinander trennen. Es entstünde dann wohl ein Zeugnis wie dieses: „Herr X war vom 1. Januar 1905 bis 31. Dezember 1906 bei mir beschäftigt". Welchem Zwecke sollte dieses Zeugnis dienen? Oder es wiese dann vielleicht jemand ein Zeugnis vor des Inhalts: „Herr X war in meiner Fabrik als Werkmeister tätig". Aber wäre es hier nicht möglich, dass dieser „Werkmeister" gerade einen einzigen Tag in der Fabrik des Ausstellers beschäftigt war, nämlich so lange, bis dieser eingesehen, dass er einen durchaus Unfähigen vor sich hatte?

b) Leistungen und Führung im Dienst.

Das Zeugnis ist auf Verlangen[119]) des Diensttuenden auf die Leistungen und auf die Führung im Dienst zu erstrecken. „Im Dienst" — dies ist zwar nur in § 630 BGB. angeordnet, gilt indes, wie bereits eingangs dieser Arbeit

116) Hierüber s. unten unter b.

117) Diese Unterbrechungen würden aber in diesem Falle natürlich eben unter Leistung und Führung, nicht etwa unter der Dauer des Dienstverhältnisses zu erwähnen sein.

118) Horrwitz 106. Sonst äussert sich niemand zu dieser Frage.

119) Wird ohne solches — ausdrückliches! — Verlangen oder gar gegen den Willen des Diensttuenden ein Zeugnis auch über Leistungen und Führung ausgestellt, so kann es zurückgewiesen werden. Der Anspruch auf das geforderte Zeugnis nur über Art und Dauer bleibt dann selbstverständlich bestehen.

dargetan,[120]) auch für die beiden andern Vorschriften. Dass die Begriffsbestimmung der Leistungen und besonders der Führung hierdurch wesentlich beeinflusst wird, liegt auf der Hand.[121])

I. Unter Leistungen im Dienst ist die Brauchbarkeit des Diensttuenden für diejenigen Dienste zu verstehen, die er in der bei der Bezeichnung der Art des Dienstverhältnisses zum Ausdruck gekommenen von ihm innegehabten Stellung zu verrichten hatte.[122]) Hat also, um bei dem oben gegebenen Beispiele zu bleiben, ein Handlungsgehilfe mitunter die Kundschaft bereist, ohne als „Reisender" engagiert worden zu sein, und hat er in seiner eigentlichen Stellung (als Handlungsgehilfe) gute Leistungen zu verzeichnen, dagegen beim Reisen nicht, so darf das Zeugnis doch nur von den guten Leistungen reden. Dies entspricht zwar nicht vollständig dem Text des Gesetzes, denn „Dienst" ist nicht gleichbedeutend mit „Dienstverhältnis", sondern ist der weitere Begriff, indem der Dienst jemandes bei einem andern sämtliche Dienstverhältnisse, die zwischen beiden bestehen, umfasst. Dennoch wird sich unsere Aufstellung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben rechtfertigen, der es verbietet, jemanden im Zeugnis als Handlungsgehilfen zu benennen und zugleich dessen Leistungen auch als eines Reisenden anzugeben. „Im Dienst" ist also hier gleichbedeutend mit „in Hinsicht auf den Dienst" bezw., entsprechend der eben erwähnten Beschränkung, „in Hinsicht auf das den Gegenstand des Zeugnisses bildende Dienstverhältnis".

Es ist hier die Frage streitig geworden, ob der Erfolg, den der Diensttuende in seiner Stellung gehabt hat, im Zeugnis Erwähnung finden dürfe. Nur bei Verkennung des — eben gegebenen — Begriffs der Leistungen konnte man sie bejahen. Denn überall da, wo sie überhaupt praktisch

120) Vgl. Anm. 7.
121) Vgl. hier Landmann-Rohmer 3 zu § 113.
122) Vgl. hier die oben bei a unter I gemachte Unterscheidung.

wird,[123]) haben zum Erfolge doch immer Kräfte mitgewirkt, die von der „Brauchbarkeit“ des Diensttuenden unabhängig sind. Selbst der berühmteste Rechtsanwalt gewinnt nicht jeden Prozess, und das Messer in der Hand des grössten Chirurgen schützt nicht unbedingt vor dem Tode unter seinen Händen. Ist andererseits mangelnder Erfolg auf mangelnde Brauchbarkeit zurückzuführen, so ist die Erwähnung des ausgebliebenen Erfolges unnötig, da das Zeugnis ja dann von unzureichenden Leistungen zu sprechen hat und damit den mangelnden Erfolg zugleich mittrifft: denn schlechte Leistungen können keine guten Erfolge zeitigen. Dieses Ergebnis entspricht auch der Sachlage, denn am Erfolge misst man alles, und nicht selten wird man dabei ungerecht.[124])

II. Nicht grössere Schwierigkeiten macht die Begriffsbestimmung der Führung im Dienst. Führung ist das Verhalten des Diensttuenden als solchen während der dem Dienste gewidmeten Zeit. Es kommt hiernach wiederum nur das in Betracht, was in Beziehung zu dem Dienste[125]) steht, womit also prinzipiell das gesamte Privatleben ausgeschlossen ist und kein zu demselben gehörender — auch während des Dienstes sich ereignender — Vorfall herangezogen werden

---

123) Nur in Ausnahmefällen nimmt der Erfolg der Dienste greifbare Gestalt an (z. B. beim Rechtsanwalt, Arzt, Handlungsreisenden). Ist der Erfolg bezweckt, so liegt überdies Werkvertrag vor. Ob dann, falls man mit Rümelin (Dienstvertrag und Werkvertrag 1905 S. 285) eine analoge Anwendung des § 630 BGB. annehmen will, der Erfolg ins Zeugnis aufzunehmen ist, gehört nicht zu diesem Thema.

124) Abweichend Horrwitz 107 und OLG. Hamburg (3. VI. 02) M. F. V, 270. Sonst wird die Frage nicht berührt. — Mit der Begriffsdefinition im wesentlichen übereinstimmend Schicker 5, Schenkel 5 zu § 113; Örtel (Befähigung zu den einzelnen Diensten und Art der Ausführung). Landmann-Rohmer 3 zu § 113 leugnet die Möglichkeit einer scharfen Trennung der Leistungen von der Führung.

125) nicht — wie bei den Leistungen — in Beziehung zu dem betreffenden bei der Angabe der Art zum Ausdruck gebrachten Dienstverhältnis; hier unterliegt der gesamte „Dienst“ der Heranziehung.

darf. Vielmehr unterliegt das Privatleben nur insoweit der Erwähnung im Zeugnis, als es auf den Dienst zurückwirkt, in Beziehung zum Dienst steht, und mit dieser Beschränkung wird der Charakterisierung der Persönlichkeit überhaupt eine Schranke gesetzt. Somit ist beispielsweise die Erwähnung der politischen Gesinnung[126]) des Diensttuenden ausgeschlossen. Diese Auffassung steht in Übereinstimmung mit dem Gesetzestext und entspricht unserer sozialen Vorstellung, die den Diensttuenden als freie Person seine Dienste verrichten lässt. In Verfolg dieser Vorstellung schliessen denn auch einige[127]) den Kreis der als „Führung" in Betracht kommenden Tatsachen enger, als es hier geschehen ist, indem sie jede Charakterisierung der Persönlichkeit verwerfen. Dies ist indes irrig; denn die Führung jemandes ist ein Stück, eine Äusserung seines inneren Menschen, also seiner Persönlichkeit.[128]) Andererseits gehen besonders die Commentatoren der GO. die hier gegebene Grenze weit hinaus, indem sie das „sittliche Verhalten"[129]) und das „moralische Verhalten und das Benehmen",[130]) als die Führung des Arbeiters ausmachend bezeichnen. Das ist natürlich, wenigstens in solcher ohne jede Beschränkung gegebenen Kürze, die auf das gesamte sittliche Verhalten und Benehmen schliessen lässt, durchaus zu verwerfen.

Auch hier sei folgender Spezialfrage gedacht. Darf der Grund der Entlassung bezw. Kündigung ins Zeugnis aufgenommen werden? Wenn man daran festhält, dass — was

126) Dies sei als wichtigste Einzelheit besonders erwähnt. Die übrigen z. T. recht entfernt liegenden Zweifelsfragen dürften sich vielleicht gemäss obiger Definition und gebührender Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben einfacher entscheiden lassen, als dies nach den mitunter sehr komplizierten Untersuchungen in Rechtsprechung und Literatur möglich zu sein scheint.

127) bes. Bendix 99 ff.

128) so definiert auch Kohler (353) die Führung als das bei den Diensten entwickelte „persönliche Wesen".

129) so Schenkel 5 zu § 113.

130) so Schicker 5 zu § 113.

selbstverständlich — diese Frage überhaupt nur dann praktisch werden kann, wenn das Zeugnis sich auch auf die Führung erstrecken soll, so kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein; denn — und es ist auffallend, dass man diesen Zusammenhang nicht immer erkannt hat — sie ist lediglich auf Grund der oben gegebenen Begriffsbestimmung der Führung zu treffen: Gehört also der Entlassungs- oder Kündigungsgrund zu der zu bezeugenden Führung, nun so darf er auch im Zeugnis aufgeführt werden,[131]) fällt er aus diesem Rahmen heraus, indem er z. B. in einer durch ein Vergehen ausserhalb des Dienstes verwirkten Gefängnisstrafe liegt, so bleibt er unerwähnt. — Dies gilt aber unbeschränkt nur für den Fall des Streites über die Verpflichtung zur Annahme eines den Beendigungsgrund enthaltenden Zeugnisses. Wird dagegen darüber gestritten, ob eine Verpflichtung zur Ausstellung eines den Endigungsgrund dartuenden Zeugnisses besteht, so liegt die Sache etwas anders. Wir haben hier diejenigen Fälle im Auge, in denen der Diensttuende ein Interesse daran hat, die im übrigen gut ausgefallene Bezeugung seiner Führung noch dahin ergänzt zu sehen, dass auch die Beendigung des Dienstverhältnisses ohne Differenzen mit dem Dienstherrn, die dieser vielleicht aus besonderer Rücksicht unerwähnt gelassen haben könnte, stattgefunden hat. Es muss z. B. ein Prokurist, der lange Zeit diese Vertrauensstellung bekleidete, wegen Krankheit dieselbe aufgeben. In einem solchen Fall, meinen wir, ist nach Treu und Glauben diese Krankheit als Beendigungsgrund im Zeugnis auf Verlangen anzugeben. Denn sonst könnte der neue Dienstherr, wenn er auch im Zeugnis eine gute Führung bescheinigt sieht, doch auf irrige Gedanken kommen, da ihm das plötzliche Aufgeben einer Vertrauensstellung, wie die eines Proku-

131) freilich immer nur als Beispiel oder Ausnahme der im übrigen näher zu charakterisierenden Führung, und in bestimmter Form (nicht z. B. „wegen Unregelmässigkeiten“, vgl. Gew.-Ger. 3, Sp. 64, bezw. 3, Sp. 100, auch abgedruckt bei Baum No. 186 a und c. a. E.).

risten es ist, auffallend vorkommen könnte. Diese Aufstellung widerspricht nicht dem Gesetzeswortlaut: denn auch die Negative, dass nichts Tadelnswertes, vielmehr eben, um beim Beispiel zu bleiben, eine Krankheit den Endigungsgrund bildete, gehört zur „Führung". Dieses Recht, die Aufnahme des Endigungsgrundes im Zeugnis zu fordern, gilt aber wiederum nicht für einen besonderen Fall. Es ist möglich, dass der Dienstherr die Schuld an der Beendigung des Dienstverhältnisses trägt. Hier hat der andere Teil vielleicht ein noch grösseres Interesse als im vorigen Falle, den Grund der Beendigung im Zeugnis erwähnt zu sehen; allein er hat kein Recht hierzu. Denn man kann füglich Niemanden zwingen, von sich selbst, wenn auch zum Vorteil eines andern, in einem Dienstzeugnis etwas Ungünstiges auszusagen; man würde übrigens andernfalls zu dem Schlusse kommen, dass das Zeugnis nicht blos von der Führung des Diensttuenden, sondern auch von der des Dienstherrn zu sprechen hätte! Dies wird ganz deutlich, wenn der Dienstherr sich geradezu eine strafbare Handlung hat zu schulden kommen lassen, die dann zur Beendigung des Dienstverhältnisses führte, wenn er z. B. einer Angestellten unsittliche Anträge gemacht hat.[132])[133])

---

132) Dieses Beispiel gibt Bendix (100). Aber er benutzt es nur, um damit — als seiner Meinung nach notwendige Konsequenz der gegnerischen Meinung — die Richtigkeit seiner eigenen zu beweisen, dass nämlich der Beendigungsgrund unter keinen Umständen im Zeugnis Erwähnung finden dürfe. Diese Meinung selbst aber ist von ihm unzureichend damit begründet, dass der Beendigungsgrund Aufschluss über die Persönlichkeit des Diensttuenden geben würde, die Persönlichkeit aber in keiner Weise charakterisiert werden dürfe. Dass diese Ansicht unrichtig ist, glauben wir bereits oben dargetan zu haben.

133) Bezüglich der Möglichkeit der Aufnahme des Beendigungsgrundes im wesentlichen, aber ohne die hier gemachten Unterscheidungen, übereinstimmend: Staub 4, Makower II c 1 zu § 73; Kohler 253; und anscheinend Rohrscheidt 3; ferner OLG. Dresden (29. III. 97) bei Baum No. 186, und nochmals (22. I. 02) MFV. 273; Bail 235. Dagegen ausser Bendix: Horrwitz 107; Gew.-Ger. 11, 270. — Bezüglich der Begriffsdefinition von „Führung" in der

III. Ebenso wie man sich streitet, ob ein Zeugnis auch über die Art oder die Dauer gefordert werden dürfe,[134]) so ist dieselbe Uneinigkeit auch hier vorhanden: Kann der Diensttuende die Ausdehnung des Zeugnisses nur auf die Leistungen oder nur auf die Führung verlangen, oder steht ihm diese Möglichkeit nicht offen? Der Wortlaut des Gesetzes ist hier nicht entscheidend, wie schon oben[135]) dargelegt ist. Wir werden uns also nach andern Beweismitteln umsehen müssen. Die GO. liess in ihrer ursprünglichen Gestalt die Ausdehnung des Zeugnisses nur auf die Führung des Arbeiters zu. Die Worte „und ihre Leistungen" sind erst durch die Novelle vom 1. Juni 1891 eingefügt worden. Durch diese Einschaltung sollte die Lage der Arbeiter nicht verschlechtert, sondern verbessert werden, wie ja die ganze Novelle von 1891 das Arbeiterschutzgesetz heisst. Daraus ergibt sich — zunächst für die GO. —, dass der Arbeiter die Wahl hat, ein Zeugnis, das nur die Leistungen oder die Führung enthält, zu fordern. Dieser Rechtszustand der GO. aber muss auch für das BGB. gelten, denn der § 630 das. ist in Anlehnung an den § 113 GO. geschaffen worden; und da § 73 HGB. wiederum in der gleichen Abhängigkeit von § 630 BGB. steht,[136]) so wird man auch im Bereich dieser Bestimmung dem Diensttuenden das gedachte Wahlrecht zugestehen dürfen. Wenn man dagegen geltend machen will,[137]) dass ein solches Zeugnis den Interessen des Diensttuenden ja gar nicht nützen würde, weil es „nicht beweisdienlich" sei, so widerlegt sich dies durch den Hinweis darauf, dass doch sogar ein Zeugnis nur über Art und Dauer dem Fortkommen des Diensttuenden dient. Ebenso

---

Hauptsache übereinstimmend: OLG. Dresden (29. III. 97) a. a. O.; Fuld 56; Örtel 85. — Landmann 3, Planck 4b, Wittner in Holdheims Monatsschr. 12, 176 ff. erkennen dagegen einen prinzipiellen Unterschied zwischen Leistungen und Führung überhaupt nicht an.

134) vergl. oben 2a unter III.

135) s. vorige Anm.

136) s. hierzu die Einleitung unter I a. E.

137) so Wittner in Holdheims Monatsschrift 12, 178.

ist es irrig zu behaupten,[138]) dass die hier angenommene Meinung gegen Treu und Glauben verstiesse, insofern ein gutes, aber nur über die Leistungen ausgestelltes Zeugnis bei dem neuen Dienstherrn den Anschein erwecken möchte, dass auch die Führung gut war, und umgekehrt, dass sich infolgedessen durch Ausstellung eines solchen Zeugnisses ein falsches Gesamtbild seines Inhabers ergäbe. Denn aus dem Fehlen der Bezeugung der Leistungen bezw. der Führung wird im Gegenteil der neue Dienstherr zu der Annahme geführt werden, dass dieses Fehlen wohl einen besonderen Grund habe. Überdies lag dem Gesetzgeber, der doch ein überhaupt nur die Art und Dauer des Dienstverhältnisses wiedergebendes Zeugnis zugelassen, dieses Bedenken gänzlich fern, denn schliesslich kann man auch aus der wegen irgend eines bestimmten Grundes besonders langen Dauer des Dienstverhältnisses günstige Rückschlüsse auf die Leistungen und auf die Führung des Diensttuenden ziehen, die nicht immer berechtigt zu sein brauchen. Die gegnerische Anschauung wird ferner allen den Fällen nicht gerecht, in welchen ein freie Dienste Verrichtender wohl ein Interesse hat, seine Leistungen bezeugt zu sehen, ein Zeugnis aber, das dann zugleich über seine Führung sich ausliesse, u. U. — man denke an einen Hauslehrer — zurückweisen und so mit einem Zeugnis nur über die Art und die Dauer sich begnügen müsste, an dem ihm vielleicht nichts liegt. So hat sich denn auch die Praxis und die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich überhaupt über diese Frage äussern, im Sinne der hier vertretenen Anschauung ausgesprochen.[139])

138) so ausser Wittner a. a. O. bes. Staub 4 zu § 73.

139) so bes. das K.-G. (22. XI. 01) im Recht 1902, 269, ferner R.-G. (22. V. 97) in Jur. Wochenschr. 1897, 350. Ebenso Makower II, c. 1 zu § 73; Horrwitz 106; Kohler 353. Landmann-Rohmer 3 zu § 113 und Schlegelberger 135. Dagegen ausser den Genannten noch Planck 4 b zu § 630.

c) Merkmale im Zeugnis.

§ 113, Abs. 3 der GO. bestimmt, dass die Arbeitgeber die Zeugnisse nicht mit Merkmalen versehen dürfen, „welche den Zweck haben, den Arbeiter in einer aus dem Wortlaute des Zeugnisses nicht ersichtlichen Weise zu kennzeichnen". Das BGB. und das HGB. haben diese Bestimmung nicht aufgenommen, es gilt indes auch für diese Gesetze das gleiche. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber Zuwiderhandlungen gegen die gedachte Vorschrift in § 146 No. 3 GO. mit Strafe bedroht; denn es kann nicht seine Absicht sein, dieselbe Handlungsweise für den einen Kreis der Rechtsgenossen nicht nur für unzulässig, sondern auch für strafbar, für den andern aber für zulässig zu erklären, obwohl doch die Verhältnisse, die zu diesem Verbot geführt haben, überall die gleichen sind. Dann aber fordert auch der Grundsatz von Treu und Glauben diese Auslegung, gegen die die Aufnahme der in § 113 GO. gedachten Merkmale zweifelsohne verstossen würde. Hiergegen hat sich denn auch in Litteratur und Rechtsprechung keine Stimme erhoben.

Als Beispiele von verbotenen Merkmalen wurden in den Reichstagsverhandlungen s. Z. besonders folgende genannt. Die Verwendung von Tinten von verschiedenen Farben, von Papier, das nach geheimer Beredung in bestimmter Weise gefärbt oder bedruckt ist, die Anbringung von gewissen Interpunktionszeichen nach bestimmten Worten, eine gewisse Stellung der Worte, bestimmte Stempel u. s. w. Natürlich lässt sich hier keine abschliessende Aufzählung geben, es kommt vielmehr eben immer darauf an, dass es sich — entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes — um Kennzeichen handelt, deren Bedeutung Uneingeweihten nicht ohne weiteres erkennbar ist. Wer aber muss „uneingeweiht" sein, damit ein Merkmal vorliegt? Genügt es, dass der einzelne Diensttuende, der ein solches Zeugnis erhalten, um die Bedeutung des in diesem enthaltenen „Merkmals" nichts weiss? Oder muss vielleicht hierzu noch auf seiten des betreffenden Dienstherrn die Kenntnis desselben treten? Oder wie ist sonst der

Gesetzestext „nicht ersichtliche Weise“ auszulegen? Diese Fragen bedürfen näherer Ausführung, da sie nirgends berührt sind.

Der Zweck des in Rede stehenden Verbots ist ein doppelter. Es soll zunächst der Diensttuende davor geschützt werden, dass sein Zeugnis, das vom Dienstherrn aus Scheu vor Differenzen aller Art oder aus Bosheit einen günstigen Inhalt erhalten hat, ihm zu einem Fallstrick werde, insofern er im Vertrauen auf sein gutes Zeugnis wohl überall sich um neue Stellung umtut, aber doch nirgends eine solche erhalten kann, auch keine Möglichkeit hat, die durch das Merkmal wiedergegebene Kennzeichnung nachzuprüfen und gegebenenfalls ihre Beseitigung herbeizuführen, wie er es vermöchte, wenn das Zeugnis mit klaren Worten reden würde. Zum andern aber soll für alle diejenigen, welche — sei es von vornherein, wie z. B. Fabrikbesitzer, oder überhaupt — als Dienstherren in Betracht kommen, das ihnen vorgelegte Zeugnis weder zu viel noch zu wenig besagen. Zu viel enthält ein mit einem Merkmale versehenes Zeugnis für den in die Bedeutung des Merkmals Eingeweihten, zu wenig für den Unwissenden. Dies gilt aber — um das gleich klarzustellen — nur dann, wenn der eingeweihte Dienstherr aus dem Merkmal etwas entnommen hat, was — gemäss unseren obigen Ausführungen — überhaupt nicht ins Zeugnis aufgenommen werden durfte, z. B. die politische Gesinnung, bezw. wenn dem nicht Eingeweihten ein Zeugnis vorgelegt wird, dessen Merkmal sich auf den an sich zulässigen Inhalt bezieht, z. B. schlechte Leistungen andeutet. Nimmt man hingegen in diesen beiden Fällen das Entgegengesetzte an, so entfällt der oben genannte zweite Zweck des Verbots der Merkmale, da das Zeugnis mit dem Merkmal dann für niemanden weder zu viel noch zu wenig besagen würde, wie man ohne weiteres einsehen kann. Träte in solchem Falle noch hinzu, dass der Diensttuende, vielleicht zufällig, selbst die Bedeutung des Merkmals kennt, also auch nicht geschädigt ist, so entfiele auch jener erstgenannte Zweck, und

man würde geneigt sein, dann überhaupt nicht mehr von einem „Merkmal“ i. S. des Gesetzes zu sprechen, wodurch man zu der Konsequenz gelangen würde, ein in der bewussten Weise behaftetes Zeugnis das eine mal als ein Zeugnis mit, das andere mal als ein Zeugnis ohne „Merkmal“ hinzustellen, m. a. W. den Begriff des Merkmals für den einzelnen Fall festzustellen. Dies ist indes durchaus abwegig. Vielmehr ist der Wortlaut des Gesetzes ganz allgemein aufzufassen: ein „Merkmal“ ist jede in dem Zeugnis enthaltene oder durch dasselbe in die Erscheinung tretende Angabe, welche bewirkt, dass der Wortlaut des Zeugnisses mit dem vom Aussteller gewollten Sinne desselben nicht übereinstimmt, gleichgültig, ob diese Nichtübereinstimmung zur Kenntnis irgend einer vom Aussteller verschiedenen Person gelangt ist oder nicht. — Zu erwähnen bleibt hier noch, dass auch Merkmale negativer Art möglich sind, z. B. die Weglassung eines eine bestimmte Fähigkeit des Diensttuenden andeutenden Wortes,[140]) und dass es gleichgültig ist, ob das „Merkmal“ den Diensttuenden günstig oder ungünstig kennzeichnen soll.[141]) Dies letztere erklärt sich daraus, dass die Meinungen der Dienstherren über günstig und ungünstig verschieden sein können und ausserdem der Mangel einer günstigen Kennzeichnung in einem Zeugnis u. U. dem Vorhandensein einer ungünstigen gleichstehen würde.

Wir glauben, dass sich an der Hand dieser Begriffsbestimmung die einschlägigen Zweifelsfragen richtig lösen lassen und vermeiden deshalb ein näheres Eingehen auf die in der Praxis streitig gewordenen Fragen.[142])

---

140) vergl. Baum No. 190; ebenso Landmann-Rohmer 4 zu § 113, a. A. KG. 10. II. 00 in Soz. Prax. IX. 1085.

141) unbestritten.

142) So durfte, um wenigstens diesen mehrfach behandelten, bei Baum No. 188 wiedergegebenen Fall herauszugreifen, nach unsern Ausführungen dem dort klagenden Arbeiter keineswegs die Befugnis zugesprochen werden, ein Zeugnis mit bestimmtem Vordruck zu fordern, durch welches er, da er sich keinen Kontraktbruch hatte zu

d) Sonstiger Inhalt des Zeugnisses.

Für die weitaus meisten Fälle wird das über den Inhalt des Zeugnisses bis jetzt Gesagte genügen. Es gibt aber doch Möglichkeiten, in denen eine Erweiterung des Zeugnisses nach irgend einer Richtung hin erforderlich wird, z. B. Auslassungen auch über das Privatleben des Diensttuenden, die an sich nicht ins Zeugnis gehören. Dies kann in einem zwischen dem Dienstherrn und Diensttuenden geschlossenen diesbezüglichen Vertrage seinen Grund haben, kraft dessen der Dienstherr — was ohne weiteres klar liegt — sich zu den verschiedensten Bekundungen im Zeugnis verpflichten kann. Ein weiteres Beispiel, das wir in Anlehnung an das in der letzten Anmerkung wiedergegebene bilden wollen, wäre dieses: Ein bestimmter Kreis von Arbeitgebern einigt sich dahin, nur solche Arbeiter bei sich zu beschäftigen, die nicht der sozialdemokratischen Partei angehören. Jeder Arbeitgeber soll demgemäss dem ihn verlassenden Arbeiter, falls dieser der genannten Partei nicht angehört, dies ausdrücklich — nicht etwa mittels eines geheimen Merkmals — im Zeugnis vermerken. Nun wäre unter gewöhnlichen Umständen ein solcher Vermerk unzulässig, weil die Parteistellung nicht zu der „Führung“ in dem oben gekennzeichneten Sinne gehört. Nach Treu und Glauben aber wird man hier den Arbeitgeber für verpflichtet halten müssen,

---

schulden kommen lassen, als zur Einstellung bei einem andern einem bestimmten Verein angehörenden Fabrikanten geeignet gekennzeichnet werden sollte, vielmehr war ihm nur das Recht zuzusprechen, die Aufnahme dieses seines Geeignetseins mittels eines ausdrücklichen Satzes, als Angabe bezüglich der Führung, zu verlangen. Das Gewerbgericht hat den betreffenden Fabrikanten — allerdings im Anschlusse an die s. Z. im Reichstag vertretene Auffassung — geradezu zur Ausstellung eines mit einem Merkmale i. S. des Gesetzes versehenen Zeugnisses verurteilt! Unrichtig auch Landmann-Rohmer 1 a a. E. („Arbeitgeber »braucht« das vom Arbeiter gewünschte Formular nicht zu benutzen“); jedoch gibt er in Anm. 4 die Möglichkeit zu, dass in der Benutzung eines Formulars die Anbringung eines „Merkmals“ zu finden ist.

demjenigen Arbeiter, der in der Tat — das ist natürlich Voraussetzung — nicht Sozialdemokrat ist, dies im Zeugnis zu bescheinigen; andernfalls nämlich würde dieser Arbeiter keine Möglichkeit haben, wenigstens nicht bei einem dieser Vereinigung angehörenden anderen Arbeitgeber Stellung zu finden. Wie gross übrigens der Kreis derselben ist, ist hier ganz gleichgültig. Ebenso selbstverständliche Voraussetzung ist freilich, dass der betreffende Arbeiter aber überhaupt diesen Zusatz begehrt, da es sich eben in solchem Falle um Dinge handelt, deren Bezeugung an sich weder unter Art und Dauer, noch unter Leistungen und Führung fällt. Solcher Fälle liessen sich noch viele konstruieren, wiewohl ihr Anwendungsgebiet nicht gross sein dürfte. Hier genügt es, darauf hingewiesen zu haben.

3. Richtigkeit des Inhalts des Zeugnisses.

I. Überall in Litteratur und Rechtsprechung findet sich hinsichtlich der im Zeugnis enthaltenen Angaben eine Unterscheidung zwischen „Tatsachen“ und „Urteilen“. Die Angabe z. B., dass jemand vom 1. Januar bis 1. Oktober beschäftigt gewesen, wird als eine „Tatsache“ bezeichnet, und ein „Urteil“ soll vorliegen, wenn das Zeugnis etwa von mangelhaften Leistungen oder einer nicht einwandsfreien Führung spricht. Hier sollen hingegen, weil sich dies weiterhin als notwendig erweisen wird, die von der Logik verwandten technischen Ausdrücke zur Anwendung kommen, wonach dann die gedachte Angabe über die Dauer des Dienstverhältnisses als ein „Urteil“, die über mangelhafte Leistungen aber als ein „Schluss“ sich darstellt.

Es ist nun eine sehr umstrittene Frage, und ihrer Lösung stellen sich viele Schwierigkeiten entgegen, ob der Diensttuende ein Recht auf ein objektiv richtiges[143]) Zeugnis hat,

143) d. h. unseres Erachtens ein im Sinne der allgemeinen Meinung richtiges, vgl. weiter unten im Text u. Anm. 148 a. E. (Im folgenden ist „objektiv“ indes im eigentlichen Sinne gebraucht.)

oder ob man dem Dienstherrn die Niederlegung seiner subjektiven Überzeugung im Zeugnis nachlassen muss.[144]) Die Schwierigkeit liegt darin: Man kann einerseits nicht zulassen, dass der Dienstherr sich hinter seiner subjektiven Anschauung verschanzt und schlechtweg von einem unbrauchbaren Arbeiter, von einer Führung, die viel zu wünschen übrig lasse, spricht; man darf aber auch andererseits das Erfordernis der Objektivität nicht so weit überspannen, dass die Mitwirkung des Dienstherrn bei der Ausstellung des Zeugnisses sich schliesslich auf das blosse Niederschreiben desselben beschränkt, während der Inhalt von andern festgelegt ist. Die Durchführung der ersteren Alternative würde den Diensttuenden in vielen Fällen geradezu rechtlos machen, die der zweiten aber die Erteilung des Zeugnisses als eine Farce erscheinen lassen. Es ist deshalb zuzusehen, wie man eine zweckmässige Verbindung dieses objektiven Moments mit dem subjektiven bewirken kann.

Soweit es sich im Zeugnis um die Dauer des Dienstverhältnisses handelt, werden Schwierigkeiten nicht entstehen. Denn das Urteil: „Herr X. war in meinem Geschäft vom 1. Januar bis 1. Oktober 1906 beschäftigt", unterliegt der Möglichkeit einer sicheren Nachprüfung. Behauptet also der Diensttuende, dass er nicht bis zum 1. Oktober, sondern bis zum 1. November 1906 in dem betreffenden Geschäft gearbeitet habe, so kann hierüber durch Beweisaufnahme Gewissheit geschaffen werden. Je nach dem Ergebnis dieser Beweisaufnahme ist dann entweder der klagende Diensttuende mit der Klage abzuweisen, oder der beklagte Dienstherr zur Ausstellung eines der Wahrheit entsprechenden Zeugnisses zu verurteilen. Dies bedeutet für keinen Teil eine Härte: denn ein solcher Streit unterscheidet sich in nichts von dem Streite darüber, ob A dem B 100 bezahlt hat oder nicht. Auch hier wird die Wahrheit ermittelt, und die Vollstreckung

144) Dies lässt sich vielleicht auch so ausdrücken: Soll in dem Zeugnis der Dienstherr als Zeuge oder als Sachverständiger zu Worte kommen?

des Urteils findet statt, ohne Rücksicht darauf, ob der unterlegene Teil durch den Prozess von der Unrichtigkeit seiner Behauptung überzeugt worden ist, oder nicht.

Nicht um ein Urteil hingegen, sondern um einen Schluss handelt es sich, wenn die Art des Dienstverhältnisses, die Leistungen, oder die Führung den Gegenstand des Streites bilden. Jedoch werden, soweit die Art in Frage kommt, in der Regel überhaupt keine Streitigkeiten entstehen. Denn man wird wohl nur selten darüber uneins sein, ob sich der Diensttuende in der Stellung eines Verkäufers, eines Werkmeisters u. s. w. befunden hat oder nicht. Sollte dies jedoch einmal der Fall sein,[145]) so würde die Entscheidung durch entsprechende Anwendung der nun folgenden Erörterungen zu treffen sein, die anlässlich des Hauptfalls, nämlich des Streites über die im Zeugnis bescheinigten Leistungen und die Führung angestellt werden sollen.

Nehmen wir an, es fühlt sich jemand durch ein Zeugnis beschwert, das ihm „ungenügende Leistungen“ bescheinigt. Er wird, falls in Güte eine Abänderung nicht zu erlangen ist, klagend vorgehen, ein anderes, nämlich der Wahrheit entsprechendes, Zeugnis begehrend, da das vorliegende seiner Meinung nach der Wahrheit nicht entspricht. Die Begründung seiner Klage wird wie folgt lauten: Meine Leistungen waren nicht ungenügend, denn ich habe das und das geleistet und verdiene deshalb die Bezeugung genügender Leistungen. Der Dienstherr wird dann widersprechen durch Geltendmachung von Gegengründen. Und hier beginnt die Schwierigkeit. Denn entweder bewegt sich der Streit der Parteien um die Richtigkeit des „Obersatzes“ (die Leistungen einer gewissen Qualität sind ungenügend), der dem vom Dienstherrn abgegebenen „Schlusse“ (die Leistungen des X waren ungenügend) zu grunde liegt, oder um die Richtigkeit des

145) vgl. z. B. den in Gew.-Ger. 11,204 aufgeführten Fall, wo der beklagte Dienstherr verurteilt wurde, die Tätigkeit eines seiner Angestellten als die eines „ersten Verkäufers“, nicht als eines „Kommis“ zu bezeichnen.

„Untersatzes“ (X hat die und die Leistungen gesetzt). Dieser Unterschied nun — der sich erst im weiteren Verlauf des Prozesses zeigen wird — scheint uns von Wichtigkeit. Denn nur im Obersatz kommt die Subjektivität des Dienstherrn zum Ausdruck, der Untersatz ist frei hiervon. Es ist nun möglich, dass unter den Parteien Einigkeit herrscht hinsichtlich der Richtigkeit des Obersatzes, die des Untersatzes aber vom Kläger bestritten wird.[146]) Das Bild wäre dann folgendes: Gewiss, solche Leistungen, wie Du, Beklagter, sie hier charakterisierst, sind in der Tat ungenügend zu nennen. Ich, Kläger, habe aber anderes geleistet, und deshalb ist Dein Zeugnis falsch. Oder aber die Parteien sind sich über die Richtigkeit des Untersatzes einig, der Kläger gibt zu, das und das geleistet zu haben, aber er meint: Solche Leistungen sind nicht ungenügend zu nennen, sie verdienen ein anderes Prädikat.

Wie gestaltet sich nun in diesen beiden Fällen, die natürlich auch kombiniert auftreten können, die Aufgabe des Gerichts?

Wird der Untersatz angegriffen, so liegt die Sache nicht anders als oben, als wir über die Dauer des Dienstverhältnisses sprachen: In beiden Fällen handelt es sich um Richtigkeit oder Unrichtigkeit eines abgegebenen Urteils, nur dass dort dieses Urteil als solches, hier dagegen als Faktor des gezogenen Schlusses Gegenstand des Streites ist. Es ist also über die Richtigkeit der Behauptungen der Parteien Beweis zu erheben. Je nach dem Ergebnis ist die Klage abzuweisen oder der Beklagte zu verurteilen. Auch dieses Vorgehen würde, ebenso wie oben, keinerlei Härte in sich schliessen, wie sich ohne weiteres ergibt.

Anders und bedeutend schwieriger ist die Sachlage, wenn der Angriff des Klägers sich gegen den Obersatz richtet. Die Schwierigkeit liegt in der hier für das Gericht notwendig werdenden Nachprüfung der subjektiven Anschau-

146) wenn also dem Diensttuenden bestimmte Handlungen vorgeworfen werden, die er nicht begangen zu haben behauptet.

ungen des Beklagten, die bei diesem Angriff getroffen sind. Diese Nachprüfung aber kann, so meinen wir, hier nur zu einem einzigen Ergebnis führen, nicht zu einem doppelten, wie dies sonst immer der Fall ist. In jedem andern Prozess nämlich sind die Behauptungen der Parteien vom Standpunkt des Richters aus entweder richtig oder unrichtig, wie jedermann geläufig ist. Dies hat seinen Grund darin, dass diese Behauptungen objektive Wahrheiten wiedergeben wollen, es aber nur eine objektive Wahrheit gibt. Hier aber ist die Behauptung des Beklagten, d. i. der von ihm aufgestellte in Streit befangene Obersatz, Ausfluss subjektiver Anschauungen; subjektive Wahrheiten aber gibt es viele.[147]) Nun stellt sich die Anschauung des Beklagten in der Überzeugung des Richters freilich entweder als richtig oder als unrichtig dar, aber diese Überzeugung ist ebenso subjektiv und deshalb um nichts besser wie die des Beklagten. Und daraus ergibt es sich, dass die Entscheidung des Richters über die Richtigkeit des dieser Entscheidung unterliegenden Obersatzes niemals auf (objektiv) „richtig“ oder auf (objektiv) „unrichtig“ — wie sonst — lauten kann, sondern dass es hier nur eine Entscheidung gibt, nämlich die auf „möglicherweise richtig, möglicherweise unrichtig“. Die Meinung des Richters aber repräsentiert die der Allgemeinheit, und diese Meinung, wiewohl aus lauter — einander gleichstehenden — subjektiven Meinungen zusammengesetzt, hat vor der mit ihr im Widerspruch stehenden doch das im voraus, dass nach ihr die Interessen des Lebens gemessen werden. Und daraus ergibt sich eine überaus wichtige Einschränkung des eben gewonnenen Satzes, dass die Entscheidung immer nur auf „möglicherweise richtig, möglicherweise unrichtig“ lauten müsste; denn in vielen Fällen wird dieses „möglicherweise“ des Richters einem „sicherlich“ jener allgemeinen Meinung

147) M. a. W.: es handelt sich bei solchen Zeugnissen nicht nur um die Feststellung, sondern auch um die Bewertung von Tatsachen, also eigentlich nicht um ein Zeugnis, sondern um ein Gutachten.

weichen müssen. Für die übrigen Fälle freilich bleibt die obige Feststellung bestehen: d. h. überall da, wo die allgemeine Meinung weder für noch gegen die in Streit befangene spricht. Hiernach wird das Gericht folgendermassen zu verfahren haben. Stellt sich der angefochtene Obersatz als „sicherlich" richtig oder unrichtig dar, so ist die Klage abzuweisen bezw. der Beklagte zur Ausstellung eines wahrheitsgemässen Zeugnisses zu verurteilen. Ist er „möglicherweise" richtig oder unrichtig, so würde es eine Anmassung des Richters bedeuten, wollte er gerade seine Anschauung, für die er doch die der Allgemeinheit nur zur Hälfte für sich hat, zu Grunde legen. Denn die Zeugnispflicht ist etwas Persönliches, und es ist billig, dass bei der Ausstellung des Zeugnisses die Persönlichkeit des Ausstellers geachtet werde, solange dieser nicht „sicherlich" irrt. Das Gericht wird also auch dann zur Abweisung der Klage kommen, wenn man — um es kurz zu sagen — über die Auffassung des Beklagten verschiedener Meinung sein kann.[148])

148) Ein subjektiv richtiges Zeugnis lassen genügen: Planck 4c zu § 630; Makower II c 2 zu § 73; Rohrscheidt 3 zu § 113; Dernburg 456 Anm. 12; OLG. Hamburg (3. VI. 02) MF. V, 271; OLG. Hamburg (5. IV. 05) MF. X, 330; KG. (14. II. 06) MF. XII, 418; Schwedler in DJZ. 05, 117 ff. Für objektiv richtiges Zeugnis treten ein: Örtmann 5; Staudinger 4 zu § 630; Staub 6; Lehmann-Ring 2 a. E.; Düringer-Hachenburg I zu § 73; Landmann-Rohmer 1 a Mitte zu § 113; wohl auch Kohler 353 („billiges Ermessen"); Horrwitz 108; OLG. Dresden (16. II. 06) MF. XII, 421; OLG. Braunschweig (22. II. 06) MF. XII, 419 ff.; ferner die gesamte Praxis der Gewerbegerichte; Bendix 94 ff. (bes. 106, 107, 111); Lunglmayr, DJZ. XII, 758; Schlegelberger 135, und besonders Brückmann Bl. f. R.-Anw. 69, 450 und nochmals in „Gesetz und Recht" 6. Jahrg. 121 ff.

Der Standpunkt der subjektiven Theorie ist nach dem Text, nach welchem im wesentlichen ein „objektiv" richtiges Zeugnis („objektiv" = i. S. der allgemeinen Meinung, vgl. Anm. 143) zu fordern ist, durchaus abzulehnen. Die Verfechter der objektiven Theorie wiederum treten aber nur ganz allgemein für ein „objektiv richtiges" Zeugnis ein, lassen aber dabei jede Angabe darüber vermissen, was sie eigentlich unter „objektiv" verstehen und ob insbes. in dem Falle objektive Richtigkeit vorhanden sein soll, in welchem

II. An der Hand dieser Ausführungen dürften sich manche in Litteratur und Rechtsprechung als Besonderheiten behandelte Einzelfragen ohne Schwierigkeit von selbst entscheiden. Es sei indes der Vollständigkeit halber auch hier darauf eingegangen.

So wird von vielen der Fall als ein Sonderfall bezeichnet, in dem der klagende Diensttuende dem Aussteller des Zeugnisses vorwirft, er habe es wider besseres Wissen ausgestellt. Es liegt aber hier keine Besonderheit vor, da es ganz gleichgültig ist, ob das Urteil bezw. der Schluss des Ausstellers angefochten wird, weil der Kläger dem Beklagten Unkenntnis von Tatsachen bezw. unrichtige Bewertung derselben vorwirft, oder ob er behauptet, der Beklagte habe seine Angaben im Zeugnis wider besseres Wissen gemacht.[149])

Ebenso verhält es sich, wenn der Aussteller aus Fahrlässigkeit, vielleicht infolge unrichtiger Informationen, ein unrichtiges Zeugnis geschrieben, oder wenn das Zeugnis, mit oder ohne seinen Willen, einen Inhalt hat, den er ihm gar nicht geben wollte. Man braucht hier nicht blos an ein Verschreiben zu denken — es sind auch Fälle denkbar, in denen die Angaben im Zeugnis einen Sinn haben, den der Aussteller nicht hineinlegen wollte und bei grösserer Sorgfalt in der Wahl der Worte auch nicht hineingelegt hätte.[150]) [151])

Desgleichen ist nach den obigen Erörterungen kein Zweifel darüber, dass das Gericht nicht die Befugnis hat, den Inhalt des Zeugnisses zu formulieren und den Dienst-

---

man über die Ansicht des beklagten Dienstherrn (i. S. unserer Ausführungen) „verschiedener Meinung sein kann". Hierzu äussert sich nur Staub a. a. O., der mit uns, aber ohne Gründe, übereinstimmt.

149) Bei einem „wider besseres Wissen" ausgestellten Zeugnis wird allseitig ein Berichtigungsanspruch gegeben, von vielen aber nur in diesem Falle. So bes. Makower II c 2 zu § 73. Dernburg 456 Anm. 12; OLG. Hamburg (3. VI. 02) MF. V, 271; Schwedler in DJZ. 05, 117 ff.

150) vgl. den bei Baum No. 185 mitgeteilten Fall.

151) Der Fall der Fahrlässigkeit wird überall entsprechend der Ausstellung wider besseres Wissen behandelt (vgl. dazu Anm. 149).

herrn zur Ausstellung eines Zeugnisses mit bestimmtem Wortlaut zu verurteilen. Die Formulierung muss vielmehr dem Aussteller überlassen bleiben. Nur so ist unser Grundgedanke, dass die Individualität des Dienstherrn nicht allzusehr angegriffen werden dürfe,[152]) gewahrt. Die Verurteilung lautet also in jedem Falle auf „Ausstellung eines wahrheitsgemässen Zeugnisses". Dies darf auch im Falle es sich ausnahmsweise einmal nur um eine Richtigstellung der Dauer des Dienstverhältnisses handelt, wobei die Subjektivität des Dienstherrn ja gar keine Rolle spielt, als nicht zu weitgehend bezeichnet werden. Denn auch hier, wie in jedem Falle der Neuausstellung des Zeugnisses, muss, wie bald zu zeigen ist, der Dienstherr auch das ihm erst jetzt, nach dem Prozess, bekannt Werdende berücksichtigen: Dies wäre ihm aber bei einem bestimmten Urteilstenor unmöglich gemacht.[153])

Hieraus wiederum geht hervor, dass das neu auszustellende Zeugnis des voraufgegangenen Prozesses

152) Ohne der Entscheidung der hier nicht behandelten Fragen nach der Unmöglichkeit der Leistung, dem Verzuge und der Zwangsvollstreckung (vgl. Anm. 34 und Einleitung unter III) vorgreifen zu wollen, wird man deshalb überall da, wo diese Individualität des Dienstherrn durch Formulierung des Zeugnisses seitens des Gerichts keinen Schaden nimmt bezw. keine Berücksichtigung verdient, wo also der Dienstherr z. B. ein geistig abnormer Mensch ist, von dem man ein den gestellten Anforderungen genügendes Zeugnis nicht erwarten kann, oder wo dieselbe Befürchtung z. B. wegen heftiger Feindschaft zwischen ihm und dem Diensttuenden gerechtfertigt ist, aus Analogie des § 315 BGB. eine Formulierung des Zeugnisses durch das Gericht für zulässig erachten dürfen. Jedoch werden dies Ausnahmefälle sein, wenigstens ist uns in Rechtsprechung und Litteratur kein derartiger Fall begegnet.

153) Übereinstimmend, aber ohne Gründe: Staub 6; Makower II c 2 zu § 73; KG. (8. VI. 04) MF. IX, 252 u. a. Dagegen: LG. Cleve (8. VI. 04) in Gew.-Ger. 9. Jhrg. Sp. 297; LG. Stuttgart (11. II. 02) bei Baum No. 185; OLG. Dresden (13. IV. 97) im Sächs. Archiv 7, 555 Anm. überhaupt die Praxis, bes. die der Gewerbegerichte; ferner Markus im Recht 02, 610 a. E.; Brückmann Bl. f. R. Anw. 69, 521; derselbe in „Gesetz und Recht" 6. Jhrg. S. 125; Schwedler in DJZ. 05, 117 ff.; Landmann-Rohmer 3 Mitte zu § 113 und Schlegelberger 135.

keinerlei Erwähnung tun darf: denn in der Verpflichtung zur „Ausstellung eines wahrheitsgemässen Zeugnisses“ ist diese Berechtigung nicht mit inbegriffen.[154])

Ebenso bedarf es auch keiner besonderen Begründung, dass der Dienstherr bei der Abfassung des neuen Zeugnisses auf das schon vorher Berücksichtigte und das im Prozess Vorgebrachte nicht beschränkt ist. Er ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, auch alles das, was ihm erst jetzt bekannt wird, zu berücksichtigen, denn nur so kann er ein „wahrheitsgemässes Zeugnis ausstellen“.[155])

Schliesslich darf, um noch kurz auch hierauf hinzuweisen, die Neuausstellung des Zeugnisses nicht etwa in der Weise erfolgen, dass in dem alten Zeugnis Durchstreichungen, Verbesserungen oder dergl. vorgenommen würden; vielmehr ist, schon um den Schein eines vorhergegangenen Streites zu vermeiden, in allen Fällen ein anderes Schriftstück anzufertigen, was ohne weiteres nach Treu und Glauben gerechtfertigt erscheint.[156])

4. Spätere Nachträge zu dem bereits ausgestellten Zeugnis?

Es ist in der Litteratur die Frage erörtert worden, ob der Dienstherr, nachdem das Zeugnis bereits ausgestellt und angenommen ist, noch nachträglich ohne oder gegen den Willen des Diensttuenden Nachträge zu dem Zeugnis machen darf. Die herrschende Meinung bejaht diese Frage. Es wird ausgeführt,[157]) dass „die einmal erfolgte“, bei Ausstellung des Zeugnisses geäusserte Ansicht des Dienstherrn „nicht bindend“ und die „Acceptation dieser Äusserung“ durch den

154) Übereinst. RG. (20. XI. 99) bei Baum No. 183; Horrwitz 108 u. a.

155) Übereinstimmend Staub 6 zu § 73. Diese Konsequenz harmoniert auch mit unserer obigen Ansicht, die im Regelfalle dem Dienstherrn die Formulierung des Zeugnisses überlässt.

156) Übereinstimmend Staub 6 zu § 73 OLG. Dresden (28. XII. 00) im Recht 01, 472, überhaupt unbestritten.

157) so OLG. Kiel (28. III. 04) MF. IX, 251.

Diensttuenden „insoweit rechtlich bedeutungslos sei". Dass den Dienstherrn „die zum mindesten moralische Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Zeugnisses treffe", und er deshalb berechtigt und verpflichtet sei, „bei Gelegenheit" seine veränderte Meinung zum Ausdruck zu bringen. Es wird des weiteren noch die Konsequenz gezogen,[158]) dass der Diensttuende, der von dem ihm zugesandten neuen, das erste abändernden Zeugnis nicht neben diesem Gebrauch macht, „eine Täuschung begeht". All dies ist durchaus irrig. Denn es bestimmt § 241 BGB.: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern." Demgemäss besteht der Inhalt des Schuldverhältnisses in dem „Einforderndürfen einer Leistung,[159]) nicht aber auch in dem Bewirkendürfen einer nicht geforderten Leistung.[160]) Es darf also der Dienstherr keineswegs dem Diensttuenden eines Tages Nachträge zukommen lassen, oder ihm unter Rückforderung des alten Zeugnisses, oder ohne eine solche, ein neues Zeugnis zusenden. Ebenso ist er — aus demselben Grunde — nicht berechtigt, denjenigen Inhalt des Zeugnisses, der in einem anhängig gewesenen Prozess nicht angegriffen ist, jetzt nachträglich „bei dieser Gelegenheit" zu ändern. Vielmehr steht ihm dieses Recht zu, bezw. liegt ihm diese Pflicht ob immer nur dann, wenn und insoweit von ihm, als dem Schuldner, vom Diensttuenden, d. i. dem Gläubiger, eine Änderung verlangt wird. Denn da es sich hier um einen „verhaltenen Anspruch"[161]) handelt, ist vor dem Verlangen der Leistung eine Pflicht zur Bewirkung derselben noch gar nicht vorhanden, geschweige denn eine Berechtigung dazu.[162])

158) so Staub 6, Düringer-Hachenburg I, Lehmann-Ring 2 a. E. zu § 73.

159) Örtmann 1 zu § 241.

160) Hierbei bleibt noch ganz dahingestellt, ob der Anspruch durch Vorliegen der in § 362 BGB. geforderten Voraussetzungen nicht überhaupt erloschen ist.

161) i. S. von Langheineken, Anspruch und Einrede 111.

162) Im Ergebnis übereinstimmend, jedoch mit andern Gründen: Brückmann, Bl. f. R. Anw. 69, 519 ff.; Bendix 134 (aller-

5. Haftung des Dienstherrn gegenüber dem Diensttuenden auf Schadensersatz wegen unzulässigen Inhalts und Unrichtigkeit des Zeugnisses.[163])

Auch diese Frage ist ausserordentlich bestritten. Die einen lassen den Dienstherrn, der dem Zeugnis einen unzulässigen Inhalt gibt, oder es unrichtig ausstellt, nach §§ 823 ff. BGB. haften,[164]) die andern finden in solchem Verhalten des Dienstherrn nur den Tatbestand des § 824 das.[165]) Manche statuieren ganz allgemein eine Ersatzpflicht ohne Angabe der Vorschriften, auf die sie sich stützte.[166]) Einen besonderen Standpunkt nimmt Bendix[167]) ein, nach dem „diese Ansprüche sich allein auf die objektiven Mängel der Leistung" des Ausstellers sich gründen.

Es ist festzuhalten — und auffallenderweise wird dies nirgends vertreten —, dass eine Schadensersatzpflicht des

---

dings bei der Behandlung einer anderen Frage); Planck 4 a. E. zu § 630; Landmann-Rohmer 3 zu § 113 (beide auf Bendix verweisend). Dagegen ausser den Genannten noch Makower II c 2 a. E. zu § 73 (ohne aber von einer „Täuschung" seitens des Diensttuenden zu sprechen). — Natürlich bleibt es dem Dienstherrn, der ein von ihm ausgestelltes Zeugnis nicht mehr verteten zu können glaubt, unbenommen, hiervon privatim dem neuen Dienstherrn Mitteilung zu machen.

163) Aus der folgenden Betrachtung scheiden aus die Fälle des Schadenersatzes wegen Unmöglichkeit der Leistung und wegen Verzugs (§ 280, § 286 BGB.), — vgl. Anm. 34 — weil sie von allgemeiner Bedeutung sind und nur in zweiter Linie interessieren („sekundäre" Verpflichtung zum Schadensersatz, Örtmann 1 zu §§ 249 bis 254). — Nur sei bemerkt, dass ein Verzug und damit eine Schadensersatzpflicht bei Weigerung der Ausstellung oder Berichtigung vorliegt, was von den meisten, so von Lehmann-Ring No. 1 zu § 73; Ritter 113; Horrwitz 108; Fuld 55; Bail 235; Gew.-Ger. 9. Jhrg. Sp. 197, 198 u. a. besonders ausgesprochen und wohl gar (so Staub 7 zu § 73) als einziger Fall einer Schadensersatzpflicht des Dienstherrn dem Diensttuenden gegenüber bezeichnet wird.

164) so Planck 4 c; Staudinger 4 zu § 630.

165) so bes. Bail 235 unten; Fuld 55.

166) KG. (1902) in Soz. Praxis 12, 1064 und Örtel 85; Schlegelberger 135.

167) S. 106.

Dienstherrn überhaupt ohne die §§ 823 ff. BGB. besteht: denn wenn das Gesetz (in § 630 BGB., § 73 HGB. und § 113 GO.) eine Pflicht zur Ausstellung eines wahrheitsgemässen Zeugnisses mit einem bestimmten Inhalt feststellt, so wird man aus dem Prinzipe des Gesetzes, das bei Verletzung einer von ihm aufgestellten Pflicht immer Ersatz des Schadens gibt, doch die Richtigkeit dieser unserer Auffassung entnehmen können.[168])

Zugleich aber erfüllt der Dienstherr in einem solchen Falle u. U. den Tatbestand einer unerlaubten Handlung. Und zwar kommt für die Haftung wegen der Aufnahme eines verbotenen „Merkmals" der Abs. 2 des § 823 BGB. in Betracht; wegen anderen unzulässigen Inhalts jedoch — also wegen derjenigen Angaben, die oben, besonders bei den Ausführungen über Leistungen und Führung, als nicht ins Zeugnis gehörig bezeichnet worden sind — und wegen Unrichtigkeit kann der deliktische Ersatzanspruch — was freilich wiederum bestritten ist — nur auf § 824 oder § 826 BGB. (nicht auf § 823 Abs. 1 das., weil das Vermögen schlechthin in § 823 nicht geschützt ist) gestützt werden, falls deren Voraussetzungen vorliegen.

Die Haftung aus § 630 BGB., § 73 HGB., § 113 GO. ist insofern günstiger als die aus §§ 823, Abs. 2, 824, 826, weil diese letzteren Paragraphen speziellere Voraussetzungen haben; insofern aber ungünstiger, als sie nur nach Massgabe der §§ 249 ff. BGB. eintritt und nicht zu der weitergehenden[169]) Ersatzpflicht aus § 842 BGB. führt, die wenigstens im Falle des § 824[170]) gegeben ist.

168) Übrigens steht dieser Fall gar nicht vereinzelt da: So haftet z. B. der Ehemann, der das eingebrachte Gut nicht ordnungsmässig verwaltet (§ 1374 BGB.), schon auf Grund dieses Paragraphen der Frau auf Schadensersatz, worüber man sich denn auch im allgemeinen einig ist (vgl. u. a. Planck 1 Mitte zu § 1374 BGB.; Schmidt, Kommentar zum Familienrecht, 2 b zu § 1374). Vgl. dazu neuestens Krückmann im Archiv für zivil. Praxis 101, 190 ff.

169) so ausdrücklich Örtmann 2 zu § 842; ebenso Planck 2 Abs. 2, Staudinger 1 zu § 842 (diese sprechen zwar nur von der Verletzung vertragsmässiger Verpflichtungen, es ist indes dieser die

Es ist also sehr wichtig, festzustellen, in welchem Verhältnisse die Haftung aus § 630 BGB., § 73 HGB., § 113 GO. zu der aus §§ 823, Abs. 2, 824, 826 BGB. steht; deshalb muss in eine Prüfung dieser Frage nach dem Verhältnis der gesetzmässigen zur deliktischen Haftung — freilich nur kurz — eingetreten werden.

In Anlehnung an v. Blumes[171]) überzeugende Ausführungen, denen Örtmann[172]) gefolgt ist, hat man drei Möglichkeiten zu unterscheiden. 1. Die deliktische Handlung wird nur „anlässlich" eines bestehenden Schuldverhältnisses vorgenommen, das letztere bietet zu ihrer Vornahme nur die „äussere Gelegenheit". 2. „Die zu beurteilende Handlung liegt innerhalb der Grenzen der durch das Schuldverhältnis begründeten Rechte und Pflichten." 3. „Die Handlung wird in Ausführung der durch das Schuldverhältnis begründeten Rechte und Pflichten vorgenommen, erfüllt aber daneben doch den Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung," sie bildet — so darf man vielleicht hinzufügen — ein qualitatives novum, im Gegensatz zu der nur quantitativ sich von den sonstigen (normalen) Rechten und Pflichten des Schuldverhältnisses sich unterscheidenden Erfüllungshandlung.

Es ist offenbar, dass für uns die erste dieser Gruppen ausscheidet. Von den beiden übrig bleibenden aber kommt weder die zweite noch die dritte ausschliesslich in Frage, vielmehr lässt die Verschiedenartigkeit der hier möglichen Fälle für jede von beiden ein Anwendungsgebiet frei. Welcher der Vorzug gebührt, das ergibt sich aus den obigen Unterscheidungen. Es sei nur darauf hingewiesen, dass u. E. die meisten Fälle sich in die dritte Gruppe werden einreihen lassen, so jede bewusst unrichtige Angabe. Zur zweiten

---

ausservertragliche Ersatzpflicht, wie sie in unserm Falle in Betracht kommt, (vgl. oben im zweiten Abschn. unter II), gleichzustellen).

170) dass § 842 BGB. im Falle von § 824 das. — nicht auch von § 826 — Anwendung findet, darüber s. Planck 2 Abs. 1; Staudinger 2 zu § 842; ferner Cosack § 164 III c.

171) im Recht 05, 483.

172) Vorbem. 5 a δ zu § 823.

Gruppe gehört dagegen z. B. der Fall, dass der Dienstherr fahrlässigerweise für das Zeugnis ein Stück Papier benutzt, das wegen seiner besonderen Farbe ein „Merkmal“ enthält, während die vorsätzliche Aufnahme eines solchen Merkmals zweifelsohne zur dritten Gruppe zu zählen wäre.

Die Haftung ist nun insofern verschieden, als die zur zweiten Gruppe gehörigen Fälle eine Haftung nur aus dem Schuldverhältnis begründen, eine Konkurrenz der Haftung aus dem Schuldverhältnis mit der aus dem Delikt hingegen in den Fällen der dritten Gruppe angenommen werden muss,[173]) die Haftung aus dem Schuldverhältnis aber, wie gesagt,[174]) sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 BGB., die aus dem Delikt des § 824 BGB. hingegen noch darüber hinaus nach § 842 das. bestimmt.

6. Zurückbehaltungsrecht am Zeugnis?

Zum Schluss noch ein kurzes Wort auch über diese Frage, da sie praktisch überaus bedeutsam ist und ihre Entscheidung nicht ohne weiteres gegeben werden kann.

Vorweg sei auf die Möglichkeit einer Verwechselung hingewiesen. Die erste Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB. ist die Fälligkeit des dem Schuldner (d. i. dem Dienstherrn) zustehenden Anspruchs gegen den Gläubiger (d. i. den Diensttuenden). Schon oben[175]) haben wir gezeigt, dass der Anspruch aufs Zeugnis auch bei widerrechtlichem Verlassen des Dienstes entsteht. Wenn man sich aber auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen und infolgedessen dem Dienstherrn die Verpflichtung nicht auferlegen wollte, bei solchem widerrechtlichen Verlassen dem

173) s. Örtmann a. a. O., wo zugleich die Frage, ob bei dieser letzteren Haftung der Gesetzes- oder der Anspruchskonkurrenz der Vorzug zu geben ist, zu gunsten der Anspruchskonkurrenz entschieden ist, welcher Auffassung hier beigetreten wird. Dieselbe Ansicht wird insbesondere auch von v. Blume vertreten.

174) s. Anm. 169.

175) Dritter Abschn. 1, a, β.

Diensttuenden sein Zeugnis zu verabfolgen, so wäre dies doch kein Zurückbehaltungsrecht, sondern eben nur die Folge davon, dass die nach dem Gesetz geforderte Voraussetzung („bei Beendigung", beim Abgang") nicht gegeben wäre. Lässt man hingegen, so wie wir es getan, den Anspruch auf Erteilung des Zeugnisses auch bei widerrechtlichem Verlassen des Dienstes entstehen, dann wäre wegen der damit gegebenen Fälligkeit des Anspruchs ein Zurückbehaltungsrecht an sich sehr wohl möglich.

Das Zurückbehaltungsrecht ist an und für sich auch an Handlungen, nicht nur an Sachen, möglich, weshalb es keinen Unterschied machen würde, ob das Zeugnis bereits angefertigt ist und somit eine Sache bildet, oder nicht, in welchem Falle die Handlung der Anfertigung den Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts bilden würde. Es ist aber, um die Entscheidung der vorliegenden Frage schon jetzt zu treffen, ein Zurückbehaltungsrecht am Dienstzeugnis überhaupt nicht statthaft.

Zweifellos ist das in § 273 BGB. geforderte „selbe rechtliche Verhältnis" gegeben. Dies erhellt aus dem im zweiten Abschnitt über die kontraktliche Natur des Zeugnisanspruchs Gesagten.[176]) Indes „ergibt sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes". Denn das Zurückbehaltungsrecht soll doch nur die Erfüllung des Anspruchs hinausschieben; ergeben sich aus dem Zurückbehalten ausserdem noch andere Nachteile, so war dies als eine mögliche Konsequenz des Zurückbehaltungsrechts nicht zu vermeiden, aber nicht als prinzipielle Wirkung desselben gewollt. Wer aber dem Dienstherrn ein Zurückbehaltungsrecht am Zeugnis einräumen würde, der müsste ausser dem Hinausschieben der Erfüllung

176) Vgl. ausserdem RG. in DJZ. 04, 408, nach dem dasselbe rechtliche Verhältnis dann gegeben ist, wenn der Anspruch auf Leistung und Gegenleistung aus einem innerlich zusammenhängenden einheitlichen Lebensverhältnis entsprungen ist und ein hierdurch bewirkter natürlicher Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche vorliegt. Ganz ähnlich auch OLG. Hamburg (26. X. 01) MF. III, 354.

der Zeugnispflicht auch eine Schädigung des Diensttuenden beabsichtigt haben: denn die Zeugnisse sind die eigentlichen „Papiere“ des Arbeiters, ohne die er keinen weiteren Dienst findet und die ihm in den verschiedensten Lebenslagen als Ausweis dienen müssen.[177]) Schliesslich ist zur Begründung unserer Meinung noch der § 242 BGB. heranzuziehen. Auch kraft dieser Bestimmung steht dem Dienstherrn am Zeugnis ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Denn die Verkehrssitte ist durchaus einem solchen abgeneigt, und die Rücksicht auf dieselbe in Treu und Glauben kann die hier vertretene Anschauung nur bestätigen.[178])[179])

---

177) Mit Einschränkung darf dies auch vom Handlungsgehilfen und u. U. von dem nach BGB. Verpflichteten gesagt werden. Es gilt aber dieser Teil unserer Beweisführung für jeden Diensttuenden, da eine „Schädigung“ i. S. des Textes immer gegeben ist, wo ein Anspruch vereitelt oder auch nur hinausgeschoben wird, den das Gesetz besonders geschaffen.

178) Übrigens stimmen die wenigen zur Sache sich äussernden Autoren im Ergebnis mit dem Text überein; besonders energisch gegen die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts Fuld 56, der event. Erpressungsversuch seitens des Dienstherrn annehmen will. Eine wesentlich von der obigen abweichende, aber u. E. verfehlte Begründung gibt Bendix 117 ff., bes. 119.

179) Ein Zurückbehaltungsrecht des Diensttuenden an seinen Diensten — an sich möglich — kann nie vorkommen, da, wie oben gezeigt ist, des Diensttuenden Recht erst beim tatsächlichen Verlassen des Dienstes entsteht, also zu einer Zeit, da der Dienstherr gar keinen Anspruch mehr auf Dienstleistungen hat.

Thesen.

I. Zum Wesen des Schuldverhältnisses gehört es nicht, dass die vereinbarte Leistung einen Vermögenswert für den Gläubiger habe.

II. Unter Gebrauchsüberlassung im Sinne von § 549 Abs. 2 BGB. ist jede Gebrauchsüberlassung, also auch die an Gäste, Dienstboten, Familienangehörige u. s. w. zu verstehen.

III. Die Frage, ob die Abstimmung (§ 196 GVG.) nach Gründen oder nach dem Resultat zu erfolgen habe, ist für den Zivilprozess im Sinne der ersteren, für den Strafprozess im Sinne der letzteren Alternative zu entscheiden.

IV. Auf die vom Beklagten im Prozesse neben andern Verteidigungsmitteln erklärte Aufrechnung hat der Richter erst einzugehen, nachdem die andern Verteidigungsmittel versagt haben.

V. Der Grund der Straflosigkeit der ärztlichen Operation ist der bei dieser in die Erscheinung tretende Zweckwille; ihre Grenze ist die Einwilligung des Kranken.

VI. Wenn zur Herbeiführung eines strafrechtlich relevanten Erfolges vom Täter eine Handlung vorgenommen wird, der Erfolg aber nicht durch diese Handlung, sondern durch eine später zu anderem Zwecke von ihm vorgenommene, eintritt, so ist dem Täter nur Versuch in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Vollendung zuzurechnen.

VII. Wie das Deutsche Reich weder ein Einheitsstaat, noch ein Staatenbund, sondern ein Bundesstaat ist, so ist das deutsche Heer weder ein kaiserliches, noch ein Kontingentsheer, sondern ein (aus den einzelnen Kontingenten bestehendes) „bundesstaatliches“ Heer.

Lebenslauf.

Ich, Konrad Pfeiffer, bin geboren am 11. August 1882 zu Strehlen in Schlesien als Sohn des Kaufmanns Pfeiffer und seiner Ehefrau Marie geb. Hoffmann. Bis Ostern 1903 besuchte ich das Gymnasium meiner Vaterstadt, wo ich am 14. März 1903 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte sodann Rechtswissenschaft, zunächst je ein Semester in Freiburg i. B. und Breslau und darauf in Halle a. S. Am 25. Mai 1907 bestand ich beim Oberlandesgericht in Naumburg das Referendarexamen, und am 2. Juli 1909 das examen rigorosum.

Meine Lehrer waren die Herren Professoren:

v. Blume, v. Brünneck, Dahn, Eisele, Finger, Jörs, Lastig, Leonhard, Loening, Rehme, Riehl, R. Schmidt, Schwartz, Stammler, Stein.

Ihnen allen gilt mein Dank. Zu besonders aufrichtigem Danke bin ich den Herren Professoren v. Blume, Finger, Lastig und Stein verpflichtet für die mir von ihrer Seite durch reiche Anregung und durch Interesse für meine Studien zu Teil gewordene Förderung. Auch ist es mir Pflicht und Bedürfnis, Herrn Professor v. Blume für seine gütige Unterstützung bei der Anfertigung der vorliegenden Arbeit auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank zu sagen.